أصول الفتيا في الفقه

على مذهب الإمام مالك

محمد بن حارث الخشني

حققه وعلق عليه

الشيخ محمد المجدوب   د. محمد أبو الأجفان   د. عثمان بطيخ

الدار العربية للكتاب   المؤسسة الوطنية للكتاب

أصول الفتيا في الفقه

على مذهب الإمام مالك

محمد بن حارث الخشني

المتوفى حوالي سنة 361

حققه وعلق عليه

الشيخ محمد المجدوب   د. محمد أبو الأجفان   د. عثمان بطيخ

الدار العربية للكتاب   المؤسسة الوطنية للكتاب

© جميع الحقوق محفوظة الدار العربية للكتاب

1985

بسم الله الرحمن الرحيم

الاهداء

إلى كلّ الذين أشرقت في قلوبهم أنوار الهداية
فدخلوا في دين الله أفواجاً في هذا العصر الذي
تتألّب فيه قوى الشرّ، ويظهر الفساد، ويعصف الإلحاد..
إلى هؤلاء المؤمنين المهتدين المعتزّين بالإسلام المقتنعين
بسموّ مبادئه، السّاعين للتعمُّق في دراسة أحكامه..
نقدّم هذا الأثر الفقهي النفيس الذي يُعدّ من أزكى
العطاء العلمي لمركزين من مراكز حضارتنا الإسلامية
المزدهرة في القرن الرّابع: القيروان وقرطبة.

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحابته

تقديم

الحمد لله الذي بدأ تنزيل قرآنه بقوله « اقرأ » ، ثم علم الانسان البيان وسخر له الليل والنهار والأنعام .

الحمد لله الذي أرسل رسوله هاديا ومبشرا ونذيرا .

والصلاة والسلام على رسوله القائل : « العلماء ورثة الأنبياء » .

نعم : إن نظرة واحدة على البحر الزاخر بين المؤلفات في الشريعة الاسلامية بمختلف فروعها فقها وتفسيرا وحديثا وأصولا ، وغير ذلك ، تبين مدى صدق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يترك هؤلاء الفقهاء أمرا من أمور الدين أو الدنيا إلا ووضعوا لها الحلول وألفوا فيها الكتب ، وصنفوا فيها المصنفات . ويعجز الكاتب أن يحصي مجموع ما ألفه علماء هذه الأمة خلال أربعة عشر قرنا من الزمان : فاذا تصورنا أن في مكتبة برلين الغربية من المخطوطات الاسلامية ما تتكون فهارسها فقط من سبعة مجلدات ضخمة ناهيك عن المخطوطات في مختلف المكتبات العالمية والمكتبات الخاصة ، وإذا أضفنا إلى ذلك ما طبع من الكتب ، أدركنا بلا شك عدد علمائنا الذين أثروا هذه المكتبات بمؤلفاتهم وأيقنا أن هذه الأمة انجبت وتنجب وستبقى تنجب باذن الله من يبنون صرح نهضتها في جميع المجالات الى ان يرث الله الأرض ومن عليها .

والذي يزيدني يقينا في هذا الأمر ، هو ما لمسته في أثناء زيارتي لتونس لحضور الندوة التي عقدت بمناسبة مرور ثلاثة عشر قرنا على تأسيس جامع الزيتونة والتي بدأت في 25 محرم الحرام 1400 الموافق 15 ديسمبر 1979 حيث قابلت مجموعة من الشباب حريصة على تراثها متحمسة لبعثه وأحيائه ونشره كي تعم الفائدة به ، لأن الحاضر جزء من الماضي وأساس للمستقبل ، وهذا الحماس لاحياء التراث الديني - الذي هو أساس الأمة الفكري - ضروري لتحقيق النهضة وإعادة المجد اذ لا نهضة لهذه الأمة إلا بالرجوع إلى دينها عقيدة ومنهجا ونظام حياة ، وما دامت الأمة منقطعة مبتعدة عن ذلك فستبقى تتخبط في متاهات أفكار الأمم الأخرى دون أن تصل الى نتيجة ترفع قدرها أو تنهضها ، بل ستبقى في دوامة الى يوم يبعثون .

ولكن الأمل بالله تعالى أن يكون في عون الشباب المسلم ليحمل الأمانة ويؤديها كما أداها السلف الصالح باذن الله .

وممن قابلتهم بتونس الأساتذة محمد أبو الأجفان ومحمد المجدوب وعثمان بطيخ الذين أطلعوني على كتاب « أصول الفتيا » هذا ، ورغم أنه لم يكن لدي الوقت لقراءته كله فاني ألممت بفكرة عامة عنه .

وهو كتاب قيم - دون شك - يستحق ما بذل من جهد ليس بالقليل ، بذله الأساتذة في سبيل نشره وتحقيقه واخراجه الى متناول القراء والباحثين ، وهو جهد يشكرون عليه ويستحقون عليه أن يدعى لهم بالتوفيق والسداد .

فهذا الكتاب يبحث في أصول الفتيا ، ويبدو فيه واضحا أن أبا عبد الله محمد بن حارث الخشني مؤلف الكتاب كان من اسباب تأليفه له إعانة المفتين حيث قعد القواعد الفقهية ، وذكر مع شيء من المقارنة أقوال مختلف علماء المالكية ، وإذا أضفنا الى ذلك جمال تنظيمه وحسن تبويبه ، واعتماده على آراء العلماء المشارقة والمغاربة أيقنا بأهمية هذا الكتاب وضرورة إخراجه ليستفيد منه المفتي والقاضي وطالب العلم والفقيه .

ولذا فان هذا الكتاب سيثري المكتبة بشيء جديد هام .

ولاشك أن سبيل تحقيق الكتب هو سبيل الحق ، وهو الذي نحتاج الى سلوكه في العالم الاسلامي .

ونأمل أن يُزودنا الأساتذة محمد أبو الأجفان ومحمد المجدوب وعثمان بطيخ بانتاجهم في أقصى المشرق في الخليج العربي وفي دولة الامارات العربية المتحدة ، لنتعاون معا ، خدمة للشريعة الاسلامية ونشرا لمذهب الامام مالك رضي الله عنه .

مرة أخرى لابد من الثناء على الجهود التي بذلها المحققون لهذا الكتاب الفقهي الهام .

وأرجو لهم التوفيق والسداد .
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

تونس في 1 صفر 1400 الموافق 20 ديسمبر 1979

أحمد عبد العزيز آل مبارك
رئيس القضاء الشرعي بدولة الامارات العربية المتحدة

رموز واشارات

مخ	ـ	مخطوط .
هـ	ـ	للتاريخ الهجري .
أ	ـ	وجه ورقة مخطوط .
ب	ـ	ظهر ورقة مخطوط .
ت	ـ	متوفي .
/	ـ	بين رقمين يكون الأيمن لجزء من كتاب والأيسر للصفحة .
	ـ	وبين كلمتين في نص أصول الفتيا لبداية صفحة من المخطوط المعتمد .
......	ـ	لما كان مطموسا أو غير واضح من النص ولم يتدارك .
[ ]	ـ	لحصر ما تداركناه من النص واقترحناه .
	ـ	وللعناوين التي أعطيناها للمسائل .
	ـ	وبالهامش لحصر رقم الورقة من المخطوط الذي اعتمدناه في التحقيق .
ن ، م	ـ	المصدر نفسه المستعمل بالتعليق السالف .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، باعث الرسل مبشرين ومنذرين ، ومرشدين الى المنهج القويم ، والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد بن عبد الله خاتم النبيين ، وإمام المرسلين ، الذي بلّغ وحي ربه ، وبيّن قواعد دينه ، وأوضح طريق الحق ، وأمّن علماء أمته عبر العصور على شريعة الله سبحانه ، واعتبرهم خلفاءه في توضيح معالمها للناس ، وبيان أحكامها لهم ضمانا لخلود الدين ، وسيادته في مجالات الحياة .

وبعد ، فان أيمة المذاهب الفقهية وأعلامها قد خدموا فقهنا الاسلامي ـ في مجال التدوين والتصنيف ـ أجل خدمة ، وتركوا لنا ثروة عظيمة من الكتب المفيدة التي تيسر الاطلاع على الأحكام الشرعية ، وتنير طريق القاضي والمفتي وسائر الذين يتولون خططا شرعية ، وتهدي كل مسلم في ميدان عباداته وفي ميدان معاملاته .

وقد اختلفت طرق تأليف هذه الكتب وتباينت ، وتدرجت مستوياتها وتفاوتت ، مما يسهل على الطلبة الاستفادة منها ، ومما يتيح للقارىء والدارس أوسع مجال للاختيار.

ولعل من أهم طرق التأليف الفقهي الطريقة التي تنزع الى إبراز أصول المسائل والى التنظير بين بعض الفروع وإلى تقديم الكليات الفقهية ، وإلى الاشارة إلى بعض الفروق ....

وهي الطريقة التي توخّاها محمد بن حارث الخشني الذي عَرَفه رواد الثقافة الاسلامية علما بارزا من مؤرخي الأندلس في القرن الرابع يهتم بمختلف طبقات العلماء ويروي ما يتعلق بشخصياتهم ، ويلقي كاشف الأضواء على حياتهم .

وهي الطريقة التي انصهر فيها ميل صاحبها الى محاولة تقعيد القواعد الفقهية وميله الى المقارنة بين أقوال علماء المذهب المالكي ، وتبلور فيها حرصه على إعانة المفتين ... كما تجلى فيها تأثره بنزعة التأريخ والرواية ، إلى جانب شغفه بالنظر واستعمال العقل .

ونحن قد لاحظنا امتياز كتاب (أصول الفتيا) بهذه الطريقة ، وبحسن التنظيم والتبويب للمسائل ، وبالعزوف عن التوغل في التفريع والافتراض .

وقد رأينا اعتماد أعلام المؤلفين من فقهاء المشرق كابن شاس ، ومن فقهاء المغرب كابن غازي ، ومن فقهاء الأندلس كابن عاصم (شارح تحفة أبيه) ، على أقوال ابن حارث ورواياته الواردة في (أصول الفتيا) ....

وآمنا بجدوى هذا الكتاب إذ يصلح أن يكون من مصادر الباحثين في فقه المدرسة المالكية يرشدهم خاصة الى أصحاب الأقوال ... وأن يكون معينا للطلبة على معرفة أهم مسائل الباب الفقهي ، وأن يدل كل قارىء مسلم الى أحكام دينه في كل شؤون الحياة التي يحتاج فيها الى معرفة المنهج الرباني ...

وقدّرنا أن التبويب الذي جاء في هذا الكتاب ، مراعيا أحيانا النظائر وقائما أحيانا على بعض الضوابط الجامعة للمسائل ، يمكن أن برشد الدارسين الى جوانب فقهية جديرة بالدرس يكون الباب الذي عرضها في هذا الكتاب منطلقا لبحثها وجمع مسائلها من الأمهات .

وعرفنا أن هذا الكتاب لم يكن في مستوى الأمهات التي توسعت وأطنبت ولا في مستوى المصنفات التي أوجزت فأخلّت ، وإنما كان مراعيا ـ بصفة خاصة ـ إبراز الأصول التي تقوم عليها الفتوى والتي تعين المجتهدين وتفيد الطلبة وسائر القراء ...

لكل هذه الاعتبارات الدالة على قيمة هذا الأثر الفقهي بين المصنفات الفقهية ، عزمنا على تحقيقه والتعليق على مسائله والعمل على نشره حتى يكون بين أيدي المختصين والشغوفين بالمعرفة الفقهية .

أما طريقة عملنا فهي التالية :

بعد الدراسة التمهيدية التي عرفنا فيها بشخصية المؤلف محمد بن حارث وبكتابه « أصول الفتيا » من حيث منهجه ومحتواه وتأثيره في كتب الفقه المالكي التي جاءت موالية له ، بعد هذا ، تناولنا نصوص مسائل الكتاب :

- فحققناها

- وقسمناها إلى أجزاء

- واستنبطنا لكل جزء عنوانا مناسبا ، يكتب بخط أسود بين عاقفتين في سطر مستقل يشير الى فحوى المسألة .

- وجعلنا لكل جزء رقما .
- واخترنا أن تتصاعد أرقام المسائل وتتدرج من أول الكتاب الى آخره .
- وشرحنا المفردات الاصطلاحية بالهامش .

- ودعمنا بعض الأحكام التي أوردها المصنف بأدلتها من القرآن والسنة .

- وتوسعنا - قليلا - في بيان ما أجمله من المسائل بالاعتماد على أهم الكتب المالكية ، التي تناولت تلك المسائل بتفصيل أكثر ، حتى نتيح للقراء غير المختصين فائدة أكثر ونغنيهم عن العودة الى المصادر الأخرى لمزيد الاستيضاح .

على أنا اكتفينا بالاشارة إلى المصادر التي تناولت المسألة ، في حالة ما اذا وجدنا تطابقا بين ما ذكر ابن حارث وما ذكر غيره ، و في حالة ما إذا تناولها غيره بتفصيل مسهب :

ففي الحالة الأولى نحيل على المصدر مجرد إحالة .

وفي الثانية ننبه الى التفصيل الوارد في المصدر المحال عليه .

وحرصا منا على نص المؤلف ووفاء بالأمانة حافظنا على ما اختاره ابن حارث من الألفاظ التي عمد إلى استعمالها وهي قليلة التداول مثل السهمان (جمع سهم) وغيب (جمع غائب).

ووضعنا للكتاب الفهارس المناسبة التي تسهل التناول وتعين القارىء وترشد الباحث إلى مواطن بغيته .

وأملنا أن نتدارك النقص في هذا العمل البشري بفضل ما يتقدمه إلينا أهل الذكر من ملاحظات لا غنى لنا عنها ، ونحن نسلك درب البحث الفقهي ، وهو شاسع الآفاق بعيد المدى ، يحتاج سالكه الى المراجعة والتأمل والضبط .

وفقنا الله جميعا الى الصواب وألهمنا السداد إنه سميع مجيب .

المحققــون

ابن حارث وكتابه « أصول الفتيا » *

تمهيد

أسس الامام مالك بن أنس مذهبه بالمدينة المنورة ، وكان أصحابه من أقطار اسلامية مختلفة ، مما يسر لهذا المذهب الانتشار شرقي المدينة وغربيها ، وقد امتدت شبكة المراكز الغربية بمصر وافريقية ، وبلاد المغرب ، والأندلس .

وبعد أن تعاون المركزان المصري والافريقي على ابراز الأثر الرئيسي المعتمد في المذهب وهو (المدونة الكبرى) (2) في عهد التفريع الذي عرف نشاط أصحاب الاجتهاد المقيّد من علماء المالكية في القرنين الثاني والثالث .... بعد هذا ، دخلت الحركة الفقهية المالكية عهد التطبيق بعد أن احتاجت الثروة التشريعية الى شيء من التمحيص والتصفية والترتيب والتهذيب .

وهذا ما قام به رجال هذا العهد الجديد ابتداء من النصف الثاني للقرن الثالث : حيث أحصوا الأقوال في المذهب ، وضبطوا مواطن الاتفاق والاختلاف وحرروا عبارات الفقهاء .

(*) اعتمدنا مقال محمد أبي الأجفان (من الآثار الفقهية لابن حارث : أصول الفتيا) المنشور بالنشرة العلمية للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين (العدد 4 السنة الرابعة ـ السنة الجامعية 1976 ـ 77) ص 373 ـ 394 مع قليل من التصرف .

2) تلقى الامام سحنون الافريقي (الأسدية) عن أسد بن الفرات ثم ارتحل الى المشرق وأخذ عن عبد الرحمن ابن القاسم العُتقي المصري ، وعارضه بما عنده من مسائل الأسدية ودوّن إجاباته عن أسئلته فبرزت « المدونة » . ينظر : ابن خلدون : المقدمة (علم الفقه وما يتبعه) ص 375 نشر دار المصحف بالقاهرة .

وكان منهم المؤلف في النوازل والفتاوى كابن سحنون (3) المتوفى سنة 256 هـ والمختصر للمدونة كابن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة 386 هـ . والمؤلف في الأحكام والقضاء كابن أبي زمنين القرطبي المتوفى سنة 399 هـ صاحب كتاب (المنتخب) وكتاب (أصول الوثائق) ، ومنهم الذي يختص أبوابا بالتأليف مثل يحيى بن عمر المتوفى سنة 289 هـ في كتابه (أحكام السوق) (4) الذي سبق به الى الاهتمام بأحد الميادين الراجعة الى نظر المحتسب ، ومنهم من اعتنى بالجانب التربوي كابن سحنون المذكور ، في كتابه (آداب المعلمين) (5) وأبي الحسن القابسي المتوفى سنة 403 هـ في (الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين) (6) ، ومنهم المهتم بموطأ الامام مالك بن أنس كأبي الوليد الباجي المتوفى سنة 474 هـ فقد شرحه في كتابه (الاستيفاء) ثم استخرج من هذا الشرح (المنتقى) كما اختصر روايات الموطأ (7) .

وهناك من اهتم بالتاريخ والترجمة لعلماء المذهب كأبي العرب محمد بن أحمد بن تميم القيرواني المتوفى سنة 333 هـ صاحب (طبقات علماء افريقية) (8) وكالقاضي أبي الوليد ابن الفرضي القرطبي المتوفى سنة 403 هـ صاحب (تاريخ العلماء والرواة للعلم بالاندلس) (9) (10) .

في هذا العهد من عهود النشاط العلمي للمذهب المالكي ، عاش محمد بن حارث ، وانتج كتبا مثلت أحد روافد التراث الاسلامي .

وسنعرض ترجمة ابن حارث للتعريف به ، ثم نتحدث عن كتابه « أصول الفتيا » .

---

3) نشير الى (اجوبة ابن سحنون) التي تعددت نسخها الخطية ومنها نسخة بالمكتبة الوطنية بتونس رقمها 18668 ونسخة بالاسكوريال رقمها 1162 .

4) نشر بتونس بتحقيق المرحوم حسن حسني عبد الوهاب ومراجعة الاستاذ فرحات الدشراوي سنة 1975 .

5و6) نشر مصنفا ابن سحنون والقابسي ضمن كتاب الدكتور احمد فؤاد الاهواني (التربية في الاسلام) سلسلة (دراسات في التربية) ـ دار المعارف بمصر سنة 1975 .

7) الشيخ مخلوف : شجرة النور الزكية 120/1 ـ 121

8) نشرته الدار التونسية للنشر بتحقيق الدكتور علي الشابي ومن معه سنة 1968 سلسلة (نفائس المخطوطات) .

9) نشره عزت العطار الحسيني بمصر سنة 1954 سلسلة (من تراث الاندلس 3) .

10) اغلب العلماء الذين ذكرناهم لهم مؤلفات ، غير التي عرضناها في مواضيع اخرى ، وانما اقتصرنا على ذكر هذه النماذج لتقديم لمحة موجزة عن طور التطبيق في حياة المذهب المالكي وهو الطور الذي عاشه ابن حارث .

من هو ابن حارث ؟ :

هو محمد بن حارث بن أسد الخشني ، يكنى أبا عبد الله (11) ولد بالقيروان أواخر القرن الهجري الثالث .

وهو أحد الذين استفادوا من علماء أكثر من مركز من المراكز الثقافية المنتشرة في ربوع العالم الاسلامي إذ تلقى العلم بالقيروان ـ حيث نشأ وترعرع ـ ثم انتقل الى الأندلس وعمره اثنا عشر عاما وذلك سنة 311 هـ (12) .

فمن شيوخه بالقيروان أحمد بن نصر ، وأحمد بن زياد ، وأحمد بن يوسف ، وابن اللباد ، والممسي .

ومن شيوخه بقرطبة محمد بن عبد الملك بن أيمن ، وقاسم بن أصبغ ، وأحمد بن عبادة ، ومحمد بن لبابة ، والحسن بن سعد .

هؤلاء الشيوخ كانوا من أعلام المذهب المالكي ، ومنهم من امتاز بميله الى النظر دون التقليد وهو أحمد بن زياد الفارسي (13) المتوفى سنة 319 هـ .

ومنهم من امتاز بنزعته الى الترجيح في الفتاوى من غير تقيد بالمذهب وهو محمد بن يحي ابن لبابة (14) المتوفى سنة 336 هـ .

وهما ـ بذلك ـ يمثلان تيارا يعتمد النظر الفقهي ويجنح الى لون من الاجتهاد .

---

11) ابن الفرضي : تاريخ العلماء 114/2

12) هكذا قال عياض في ترتيب المدارك 531/4

أما ابن الفرضي فيذهب الى ان انتقاله الى الاندلس كان سنة 312 هـ .

وذكر مخلوف في الشجرة ان الانتقال كان سنة 310 هـ ـ انظر ص 95 .

وهذا بعيد لان احمد ابن عبادة رأى ابن حارث في مجلس ابن نصر بالقيروان سنة 311 هـ كما سيأتي.

13) الف في الوثائق عشرة اجزاء . وحلاه ابن فرحون بقوله : (كان فقيها نبيلا ثقة) الديباج 37 .

14) له تآليف في الفقه والوثائق وكان قد رحل من الاندلس الى القيروان ليتلقى عن عالمها حماس بن مروان . وحلاه ابن فرحون بقوله : (كان من احفظ أهل زمانه للمذهب عالما بعقد الشروط بصيرا بعللها) الديباج ص 251 .

ومنهم من يتقيد بالمذهب ويحفظ مسائله كأحمد بن نصر الهواري المتوفى سنة 319 هـ وقد كان الى جانب الحفظ من أحذق المناظرين (.... فقيه الصدر جيّد القريحة حسن الكلام في الفرائض والوثائق صحيح المذهب .... حاضر الجواب) (15) .

ولا عجب أن يبدو تأثر ابن حارث بشيوخه القيروانيين والقرطبيين ، وخاصة في حذق المناظرة التي تستدعي ذكاء وسعة اطلاع واستحضار الأدلة التي تدعم الأحكام والأصول التي تنبني عليها ....

وقد بدا نبوغه المبكر في هذا الميدان قبيل انتقاله الى الاندلس فقد نقل المعيطي ان أحمد ابن‌عبادة الرعيني رأى (محمد بن حارث بالقيروان سنة 11 (يعني 311 هـ) في مجلس أحمد بن نصر وهو شعلة يتوقد في المناظرة) (16) .

وهذا يدل على استعداد فطري هيأ له المناخ العلمي بافريقية والاندلس ان يؤتي ثماره التي سنراها فيما يلي .

وقد قصد ابن حارث مدينة سبتة قبل سنة 320 هـ فاعجب أهلها بشخصيته العلمية ، واستبقوه بينهم فترة حتى يستنيروا بعلمه ، ويتفقه عليه طائفة منهم (17) ، وهو الذي حقق قبلة جامع سبتة بعد ان وجد فيها تغريبا ، فامتثل السبتيون رأيه وشرقوها ، كما ذكر ابو الفرج الجياني في تاريخه .

ثم عاد الى الاندلس ، وبعد ان تردد في كور الثغور استقر بقرطبة (18) الى ان توفي بها (19) ودفن بمقبرة مومرة (20) .

---

15) ن ، م 34

16) ابن الفرضي : تاريخ العلماء 115/2 . عياض : المدارك 532/4 .

17) المدارك 531/4 .

18) ن ، م. الديباج ص 259 .

19) يذكر مترجموه ان وفاته كانت سنة 361 هـ ويعرض عياض رواية لابن عفيف تقول ان وفاته سنة 364 هـ ولكنهم يذكرون أنه ادرك ايام ابن أبي عامر ، وهذا أصبح يتصرف في شؤون الدولة سنة 366 هـ مما يدل على ان ابن حارث قد عاش بعد سنة 364 هـ .

والغريب ان ياقوتا الحموي ينقل عن الحميدي ان ابن حارث مات في حدود 330 هـ (معجم الادباء 111/18 ط دار المستشرق بيروت).

هذا والى جانب الميدان الفقهي الذي برع فيه ابن حارث فانه قد برز في :

ـ التاريخ والتراجم : فقد (كان عالما بالاخبار واسماء الرجال) (21) كما يقول ابن فرحون .

وقد ألف في تاريخ القضاة بقرطبة (22) ، وتاريخ علماء الاندلس وطبقات فقهاء المالكية .

ورواياته التاريخية يعتمدها بعض مؤرخي المذهب كأبي العرب في طبقاته وابن الفرضي في تاريخه وأبي سعيد بن يونس في تاريخه والدباغ في المعالم ، وابن حيان القرطبي في (المقتبس من انباء أهل الاندلس) وعياض في مداركه ...

ـ ميدان الشعر : فقد وصفوه بالشاعر البليغ ولكن عابوا عليه لحنه (23) .

ـ صناعة الكيمياء ، وصناعة الادهان التي تعاطى تجارتها بعد موت الأمير الحكم الثاني المستنصر بالله (24) .

وقد تولى من الخطط في عهد هذا الخليفة الاندلسي المواريث بمدينة (بجانة) (25) كما تولى الشورى بقرطبة .

أما الزركلي فيذكر انه توفي بعد سنة 366 هـ وينقل عن ... التبيان ان وفاته كانت سنة 371 وعن تذكرة الحفاظ 196/3 ان تقدير وفاته سنة 371 لقولهم انه عاش بعد المستنصر (الاعلام 303/6 ـ الأصل والهامش) .

20) ابن الفرضي 115/2 .

ومقبرة مومرة بقرطبة دفن بها كثير من العلماء مثل محمد بن سعيد الخضري 364 هـ . وعنبر بن مسلمة العامري 383 هـ . وسليمن الشوطي 377 هـ . وابراهيم المقري 391 هـ

21) الديباج ص 260

22) نشر هذا الكتاب المستشرق الاسباني « خوليان ربيرة » سنة 1914 .

ثم نشره عزت العطار الحسيني مدير مكتب نشر الثقافة الاسلامية سلسلة (تراث الاندلس 2) مرفوقا بكتاب علماء افريقية لابن حارث أيضا وذلك سنة 1372 هـ بالقاهرة .

وسبق ان نشر محمد بن أبي الشنب (علماء افريقية) مع (طبقات علماء افريقية) لأبي العرب سنة 1914 .

23) ابن الفرضي 115/2 . المدارك 532/4 .

24) تولى الخلافة سنة 350 هـ وبقي على كرسيها الى ان توفي سنة 366 هـ .

25) بفتح الباء وجيم مشددة : مدينة بالاندلس كانت من اشرف قرى اقليم ارش اليمن الذي انزل الأمويون فيه بني سراج القضاعيين وجعلوا اليهم حراسة ما يليهم من البحر وحفظ السواحل انظر (صفة جزيرة الأندلس منتخبة من الروض المعطار : 37 وما بعدها) .

وهذا الخليفة الحَكَم بن عبد الرحمن ، هو الذي كان يقدر كفاءة ابن حارث ، ويطالبه بالتأليف وانجاز الأعمال العلمية ، ويسند اليه بعض الخطط .

والحَكَم هذا ، هو الذي وصفه لسان الدين بن الخطيب بقوله :

(كان عالما فقيها بالمذاهب والانساب والتاريخ ، جماعا للكتب مميزا للرجال من كل عالم وجيل وفي كل مصر) (26) .

وهو الذي كان يبذل الأموال في سبيل تشجيع الادباء والعلماء ولم يولع مثله خليفة بالمصنفات وقد جمع الكثير من الكتب (27) ...

وهذه بعض العوامل التي جعلت الباحثين يشهدون ان عهده ذهبي (28) .

وقد كان ابن حارث ينوه بالحَكَم وبإقباله على العلم والتاريخ مسجلا ذلك في مقدمة كتابه (قضاة قرطبة) (29) .

هذا وان المترجمين يشيرون الى ان ابن حارث انما اضطر الى تعاطي بيع الأدهان لما ظهر من تقصير ابن أبي عامر (30) بعد موت الحَكَم .

صفاته :

اذا تتبعنا تحلية مترجميه له نجده متمتعا بصفات كريمة . فهو :

---

26) تاريخ اسبانيا الاسلامية ص 41 ـ تحقيق ليفي بروفنسال ط دار المكشوف بيروت .

27) المقري : نفح الطيب 385/1 وما بعدها .

ينقل المقري عن ابن حزم ان فهارس الكتب في عهد الحكم بلغت 44 فهرسا في كل فهرست 20 ورقة .

28) من هؤلاء الدكتور احمد هيكل في كتابه الأدب الاندلسي ص 189 وما بعدها .

29) انظر هذا الكتاب ص 10 ط مصر نشر عزت العطار سلسلة (من تراث الاندلس 2) .

30) هو محمد بن ابي عامر الذي اسندت اليه خطة مدير الشرطة الوسطى في عهد الحكم الذي توفي سنة 366 هـ ، فاجلس هشام بن الحكم على كرسي الخلافة في صفر من نفس السنة وهو لم يتجاوز الثانية عشرة من عمره ، وقد استبد محمد بن أبي عامر بأمور الدولة وتوطدت له أسباب النفوذ أيام خلافة هشام الصورية .

ـ حافظ للفقه ، وحسّن الفهم لمسائله .

ـ ذكي ، فطن ، نبيه .

ـ عالم بالفتيا وأساليبها ، حسن الاستعمال للقياس (31) .

ـ من أهل الفضل والاطلاع على الحديث (32) .

ـ عالم بالاخبار واسماء الرجال (33) .

وهي الصفات التي ترتكز عليها الشخصية العلمية للفقيه .

وقد كان ابن حارث يرى ان الفقيه الحاذق هو الذي يتصرف ولا يقتصر على الحفظ : نستنتج ذلك من تعليقه على قول من وصف يحيى بن عمر الاندلسي بالحفظ وعدم التصرف في جوابه عن الاسئلة ، حيث كان تعليقه هو التالي :

« هذا الوصف منه يدل على ركود النظر ، وقلة الاجالة للفكر ، وعلى الاقتصار على المقال المحفوظ ... وكان لا يتصرف فيما يتصرف فيه الحذاق أهل النظر والعلوم من معرفة معاني القول واعراب ما ينطق به » (34) .

وهذا القول يدل على ايثاره لأهل الرأي من الفقهاء .

تآليفه :

يقال : ان ابن حارث انتج مائة ديوان ، ويذكر انه ألفها للأمير الحكم المستنصر بالله الذي كان يشجعه على خدمة العلم ، وتوصف هذه التآليف بأنها (تآليف حسنة) (35) .

---

31) ابن الفرضي 115/2 .

32) الحميدي : جذوة المقتبس 49 .

ذكر الحميدي ان ابن حارث روى عن ابن وضاح ونحوه .

33) المدارك 531/4 .

34) ينظر (طبقات علماء افريقية) لابن حارث ، المنشور مع كتابه قضاة قرطبة ص 184 ط مصر .

35) المدارك ج 431/4 ـ والديباج ص 260 .

ولئن لم يعدد المترجمون هذه المؤلفات كلها ، فانهم اوردوا منها :

- الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك (36) .

- رأي مالك الذي خالفه فيه أصحابه .

- التحاصر والمغالاة .

- الرواة عن مالك .

- المحاضر (37) .

- الفتيا (38)

- تاريخ علماء الاندلس

- طبقات فقهاء المالكية .

- طبقات علماء افريقية

- تاريخ قضاة الاندلس

---

36) توجد قطعة ، من هذا الكتاب ، صغيرة الحجم ذات ست عشرة ورقة ببعضها اثر سوس لها دفة واحدة من الرق احتفظت بها مكتبة القيروان ثم انتقلت الى المكتبة الوطنية بتونس فحملت رقم 17778 .

جاء على وجه الورقة الأولى منها ما يلي :

« الجزء الحادي عشر فيه جميع الاجارات من كتاب الاتفاق والاختلاف بين عالم المدينة مالك رضي الله عنه وبين اصحابه رحمهم الله مما عني بجمعه وتأليفه ونظمه وتصنيفه راجيا ثواب الله الكريم الفقيه أبو عبد الله محمد بن حارث » .

وقد شرعنا في تحقيق هذه القطعة لأهمية موضوعها .

37) موضوع هذا الكتاب اجرآت التداعي وبيان التراتيب التي يراعيها القاضي في عمله دلتنا على ذلك نقول ابن سهل من هذا الكتاب في مصنفه (الأحكام) انظر أحكام ابن سهل الاندلسي 4 أ ـ 6 أ ـ 9 أ مخ . دار الكتب الوطنية بتونس : 18394 .

38) نرجح أنه كتاب « أصول الفتيا » الذي سيأتي الكلام عنه وانما قدمه المترجمون بهذا الاسم اختصارا .

- كتاب الافريقيين

- كتاب التعريف .

- كتاب المولد والوفاة .

- مناقب سحنون .

- النسب .

- الاقتباس .

ويظهر ان أغلب هذه المؤلفات يتوزعها الفقه والتاريخ وتراجم اعلام المالكية ، وهذا ما جعل نجم ابن حارث يلمع بين فقهاء المدرسة المالكية ومؤرخي الاندلس ، وهذا ما حدا بالباحث الدكتور احمد هيكل الى ان يبوئ ابن حارث مكانة « ألمع شخصية بين كُتّاب التراجم في هذه الفترة » يعني فترة الازدهار في عهد الحَكَم (39) .

39) الأدب الأندلسي : 193 .

كتاب أصول الفتيا

ان ابن حارث قصد ـ بهذا التأليف ـ جمع أصول المذهب التي تساعد على استنباط احكام الفروع ، رغم ان ذلك عسير الاستيفاء ، خاصة والحوادث كثيرة والمجتهدون متفاوتو المدارك .

وقد لاحظ ابن حارث في مقدمة الكتاب :

ـ ان هذه الأصول مطردة ، ولذا فهي تدني البعيد وتعين المناظر وتكوّن بابا لفقه المذهب تُقرِّب صور احكامه .

وأنه تجنب في جمعها الجدليات الغامضة والاسئلة الغريبة وما يدق استخراجه ويصعب حفظه .

ـ وأنه ـ كذلك ـ توخى الوضوح وابتعد عن التعقيد وترك التكرار والاختصار المخل والتطويل الممل .

ـ وأنه يسر على قارىء الكتاب بتقديم فهرس الأبواب اذ قال :

« وقد قيدت في صدره التعريف بجميع ما يحويه من الأبواب ليكون ذلك دلالة للمتعرف ومفهما للمتصفح » (40) .

---

40) أصول الفتيا 1 ب ، 2 أ .

منهج الكتاب

اذا ألقينا نظرة على الفهرس الذي وضعه ابن حارث نفسه لأبواب كتابه نجده يشير الى جانب من المنهجية عند ابن حارث ويرشد الى المواضيع التي طرقها والى ترتيب المسائل التي تناولها .

ونجده أيضا يرينا ان ابواب كتاب (أصول الفتيا) هي في عامتها أبواب الفقه الا ان المؤلف قد يجزِّىء الباب الفقهي المعهود لأن الأصول التي تراءت له فيه تدعـوه الى ذلك ... وهذه الأبواب منها المألوف في سائر كتب الفقه القديمة كالوضوء والصلاة والزكاة والصوم ... من العبادات وكالبيوع والاجارات والقراض ... من المعاملات .

ومنها ما اشتمل على مواضيع مما عهدناه منثورا في ابواب مختلفة دون ان يبرز بعناوين بارزة مستقلة ، ومن ذلك :

- باب (احكام المراة) الذي جمع فيه الكثير من الأحكام التي تخص المرأة في عبادتها ومعاملتها واداء شهادتها والاسهام لها اذا شاركت في القتال .

وباب (الشروط) الذي افتتحه ببيان ان مالكا واصحابه يعتمدون الأثر القائل « المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما أو حرم حلالا » (41) .

ثم يستنتج من هذا ان «شروط الغرر كلها في البياعات والنكاحات وسائر المعاملات ... لا تلزم من اشترطت عليه وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد كان بيعا أو نكاحا أو اجارة أو ما أشبه ذلك من وجوه المعاقدات .

«ومن ذلك قولهم في المودع يشترط على نفسه الضمان ان الشرط باطل ولا يلزمه .

وكذلك الذي يستعير ما لا يجب فيه الضمان فيشترط عليه الضمان انه لا يلزمه » (42) .

- وباب (الاثلاث) الذي ينزع فيه إلى جمع النظائر في المذهب المالكي .

---

41) رواه أبو داود والحاكم واحمد . وتختلف عبارات الرواة فيه .

42) أصول الفتيا : 38 أ .

ونظائر هذا الباب الاحكام المعتمدة اثلاثا من الأشياء : كالنكاح الذي يلزم فيه صداق لا يقل عن ثلاثة دراهم .

. وقطع يد السارق في سرقة ما قيمته ثلاثة دراهم .

وتصرف المراة في ثلث مالها بدون اذن الزوج .

ووضع المشتري من الجائحة قيمة الثلث فاكثر .

وتحمل العاقلة الثلث فاكثر ... (43) الى غير ذلك .

والنظائر في (أصول الفتيا) كما استقلت ببعض الأبواب فانها وردت في سياق بعض الأبواب الأخرى،فمثلا في باب الوضوء يستطرد المؤلف الى ذكر الاحكام التي تترتب على (مغيب الحشفة) وهي سبعة أحكام (44) .

ـ وباب (البنيان) هو أيضا من الأبواب التي يعرض فيها أصولا مما عرفنا فروعه متفرقة في أبواب الغصب والتعدي والاستحقاق ، ولكن ابن حارث راعى ما يجمع هذه الأصول من هدف تنظيم العمران ، وتحديد حقوق الناس في تنظيمه (45) .

ثم ان تخصيص مواضيع ـ مما عهد متفرقا في الابواب ـ بابواب مستقلة ، لدليل على نزعة جديدة في التبويب الفقهي والعرض ، وميل الى التفكير في المناط الذي ترتبط به مسائل يجمعها عنوان واحد ... انها النزعة الى النظر في احكام الفقه واسرارها ، وقد آلت بابن حارث الى عدم الاقتصار على فروع المسائل ، كما كان يفعل غالب المعاصرين له في تآليفهم الفقهية ، وانما تجاوز ذلك في كثير من الأحيان الى ما تستند إليه كل طائفة منها من أصل في المذهب .

.كما حدت نزعة البحث عن أسرار التشريع عند ابن حارث إلى ذكر الفروق بين الأحكام أحيانا كما فعل في مسألة طلاق كل امراة يتزوجها الرجل ، وفي الظهار من كل

---

43) ن . م . 38 أ .

44) انظرها في ن . م . 2 ب .

45) هذا الباب يرينا مدى عناية فقهائنا القدامى بالناحية العمرانية وتنظيمها والاهتمام بنظافة مواطن العمران .

امراة يتزوجها (46). وحدت به الى نقل تعليل الفروق عن اعلام المذهب كما نقل عن سحنون تعليل الفرق بين العتق والطلاق (47).

أما ميل ابن حارث في هذا الكتاب الى ابراز الأصول الفقهية في المذهب المالكي لمساعدة المجتهدين من المفتين فهو يذكرنا بميل ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد الى ابراز (ما يجري مجرى الأصول والقواعد) (48) في مسائل الاتفاق والاختلاف بين المذاهب ... الا ان ابن رشد وسع نطاق المسائل في كتابه وعرض آراء المذاهب المختلفة واستدل لكل رأي وأبرز أسباب الاختلاف فكان كتابه من أهم كتب الفقه المقارن ، بينما كان مجال (أصول الفتيا) محدودا لا يخرج عن نطاق المذهب المالكي مع التعرض للخلاف داخله ونسبة الأقوال الى أصحابها من رجال هذا المذهب.

هذا وقد توسع ابن حارث في كتابه « أصول الفتيا » في عرض أحكام العبيد والاماء ، وذلك يدلنا على مدى ما بلغه المجتمع الأندلسي في عصره من سعة وثراء واستكثار من العبيد مما يستدعي بسط احكامهم وتقنين الفروع الفقهية لما ينشأ عن تواجدهم من الصور والحوادث والوقائع تنظيما للصلة بهم وللقوانين التي تسود عند التعامل في سوق العبيد وتنظيما للمسالك المفضية الى عتقهم ، والوسائل المؤدية الى تحريرهم مثل الكتابة والتدبير.

وكان أبو يحيى ابن عاصم شارح تحفة أبيه أشعرنا في شرحه ان أحكام العبيد تتسع - لدى الفقهاء والمؤلفين - على نسبتهم في الغلة تجاوبا مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي.

وقال عن باب احكام العبيد :

« قد كان هذا الباب في كتب الفقه من الأمهات العتيقة على حال السعة يناسب الواقع في ذلك الوقت من الاستكثار من العبيد والاماء » (49).

---

46) ن ، م : 17 أ

47) ن ، م : 19 أ

48) بداية المجتهد : 2/1 .

49) شرح ابن عاصم على تحفة أبيه : 90 ب 91 مخ. دار الكتب الوطنية بتونس : 13.733 .

أثر هذا الكتاب في الحركة الفقهية

يلاحظ الباحث ان لهذا الكتاب أثرا في بعض المدونات الفقهية التي جاءت بعده ، يتجلى في مظهرين :

الأول : اعتماد الفقهاء لأقوال ابن حارث ، والاستشهاد بها مما يدل على المكانة الفقهية التي كان يتبوأها ، والثقةِ بما نَقَل عن مالك وأصحابه .

وعلى سبيل المثال نورد هذه النصوص من كتب مختلفة اعتمدت (أصول الفتيا) من بين ما اعتمدت من امهات المذهب المالكي .

أ ـ ففي شرح أبي يحيى محمد بن عاصم على منظومة أبيه (تحفة الحكام ج 2) جاء في سياق شرح البيتين التاليين :

ولا اعتصـــار مع موت أو مرض	له او النـــكاح او الـــدين عرض
وفقـــر موهـــوب له ما كان	لمنـــع الاعتصـــار قد ابان

قول الشارح :

« مجمل كلام الشيخ رحمه الله فيما تفيد هذه الأمور للاعتصار (50) على ما كان حادثا بعد الهبة لا ما كان سابقا لها على مقتضى ما في المقرب ...

« فإطلاقه قد يقتضي أن الاعتصار يعود دون ما كان (51) من النكاح أو الدين غير عارض وهما المستقران ثابتين قبل الهبة فانهما لا يمنعان الاعتصار على مقتضى اطلاقه.وذلك على مقتضى ما اعتمده العلماء من أهل المذهب المالكي ومنهم ابن حارث : ففي « أصول الفتيا » :

---

(50) اعتصار الهبة : ارتجاعها ...
وموضوع البيتين الموانع التي تمنع الواهب من اعتصار هبته .
(51) في الأصل (مكان) والصحيح ما اثبتناه .

قال محمد : من أصل قولهم ان كل واهب وهب هبة فلا يجوز له ان يعتصرها ، ولا ان يبيع فيها حاشا الأب والأم فيا وهبا لأولادهما ، فان الاعتصار في ذلك لهما جائز على ما سنذكره من التفسير (52) . أما الوالد فيجوز له اعتصار ما وهب لابنه الصغير او الكبير كان للولد او لم يكن.وذلك ما لم يستحدث الولد دينا او ينكح أو يوطأ إن كانت جارية ، أو يبيع الهبة أو يمرض فان كان شيء من ذلك لم يجز للأب اعتصار لأن ذلك كله فوت للهبة وانما يعتصر ما لم يفت الا ان يكون وهب له وقد استدان او نكح او مرض فيجوز له الاعتصار لانه حينئذ لم يداين ولم ينكح على تلك الهبة .. » (53) .

ب : وفي كتاب الجواهر (54) لابن شاس (55) ينقل المؤلف عن محمد بن حارث النص التالي :

« انظر فكل من فعل فعلا يجوز له ان يفعله بلا تحظير ، ففعله على وجهه فعلا صوابا ، فتولد من ذلك الفعل هلاك نفس اوذهاب جارحة او تلف مال ، فانه لا ضمان على ذلك الفاعل وان كان انما أراد ان يفعل الفعل الجائز له ، ففعله فأخطأ ففعل غيره أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن المقدار ، فيا تولد من ذلك فهو ضامن له ..»(56) .

ج : وفي كتاب (مجالس المكناسي) اورد المؤلف (57) المسالة التالية :

---

52) في نسخة الشرح (التعيين) لكننا اثبتنا ما بنص (أصول الفتيا) لأنه انسب.

53) الورقة : 80 ب مخ. دار الكتب الوطنية بتونس ، رقم 13733 والنص المنقول عن ابن حارث هو ما نجده في (باب الهبات) من مخ (أصول الفتيا) : 23 ب مع اختلاف يسير لا يتغير معه الحكم الشرعي .

54) هذا الكتاب توجد منه نسخة خطية في مجلدين بدار الكتب الوطنية بتونس،الأول تحت رقم 13482 والثاني تحت رقم 13483 .

55) نجم الدين ابو محمد عبد الله بن محمد بن شاس الجذامي السعدي المصري كان حافظا فقيها ورعا ، استشهد بدمياط سنة 610 هـ (الشجرة : 165) .

56) مخ دار الكتاب الوطنية بتونس 118/2 ب . وهذا النص نجده في مخ كتاب أصول الفتيا 39 أ (باب الضمان) .

57) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله اليفرني المكناسي ، قاضي الجماعة حلاه مخلوف بـ(الفقيه العلامة العمدة الفاضل المطلع العارف بالاحكام والنوازل القاضي العادل) اخذ عن اعلام مثل أبي عبد الله القوري وعيسى بن علال المصمودي وممن اخذ عنه أبو العباس احمد الونشريسي ، ولد القاضي المكناسي سنة 835 هـ ت سنة 917 هـ وكان قد تولى القضاء بمدينة فاس .

ترجمته في (درة الحجال 146/2 ؛ نيل الابتهاج:333 ، شجرة النور الزكية،275/1) .

(حائط بين دارين لكل دار فيه ركن ، وأحد الركنين أسفل من الآخر فأراد صاحب الأسفل ان يرفعه موازيا لركن صاحبه : هل يُمكّن من ذلك أم لا ؟

قلت : وقع لابن حارث في « أصول الفتيا » له : ان لصاحب الأسفل ذلك ، وانما يمنع اذا اراد ان يرفع خشبه فوق خشب صاحبه)(58) .

ونص ابن حارث في هذه المسالة نجده في (أصول الفتيا) كما يلي :

(واذا كان جدار بين رجلين لكل واحد منهما عليه حمل خشب من جانب داره وخشب احدهما أسفل من خشب صاحبه ، فأراد رفع خشبه الى موضع خشب صاحبه فذلك له ، وليس له ان يرفعها الى أعلى من خشب صاحبه)(59) .

د : وفي شرح نظم العمليات الكبرى الفاسية (60) ينقل الشارح أبو القاسم الفيلالي ما ذكره يعيش الشاوي في طرره من ان ابن حارث جعل في كتابه « أصول الفتيا » للراعي المشترك حكم الصانع في اعتباره من الأمناء المصدقين ثم يقول الفيلالي :

(ولفظ ابن حارث في كتابه المذكور في تعداد الامناء المصدقين على ما في ايديهم هو قوله ما نصه :

وراعي الماشية ما لم يكن مشتركا فيكون كالصانع » (61) .

اورد الفيلالي كل ذلك في معرض شرح قول الناظم :

ضمان راعي غنم الناس رع ألحقه بالصانع في الغرم تع

---

58) مجالس المكناسي : 145 أ ، مخـ.دار الكتب الوطنية بتونس 14892 .
59) أصول الفتيا : 36 ب .
60) توجد من هذا الشرح نسخة خطية بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 14829 وصاحب النظم هو أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي صاحب تآليف كثيرة في علوم مختلفة ت 1096 هـ ترجمته في (شجرة النور: ص315،) .
61) نسخة المخـ المذكور اعلاه : 136 أ .
وهذا النص ذاته نجده لابن حارث في مخـ (أصول الفتيا) في باب الامناء : 39 ب .

هـ : وفي نظائر ابن عبدون (62) يرد من مسائل التفليس ان من (... استؤجر على ابل يرعاها أو يرحلها او يعلفها فهو اسوة الغرماء في الفلس والموت ، وقال ابن حارث معناه (63) .

ونص هذه المسألة في (باب احكام المديان) من أصول الفتيا :

« ... أما الذي آجر حانوته أو داره أو استؤجر على رحيل إبل أو نحو ذلك ، فهم أسوة الغرماء في الفلس والموت جميعا » (64) .

المظهر الثاني : يتعلق بطريقة التأليف وأسلوب عرض المسائل الفقهية ، وقد كان ابن حارث رائدا في مجال التأصيل الفقهي وتقعيد القواعد الجامعة لمسائل من كل باب من أبواب الفقه ، وكان ميالا الى جميع النظائر سابقا الى جمع ما تناثرْ في الأبواب المختلفة من احكام النساء والصبيان والذميين ... وقد اشتمل كتابه على الكثير من الكليات بمفهومها المنطقي (65) .

يتجلى هذا المظهر فيا درج عليه كثير من المؤلفين بعده الذين انتهجوا منهج التأصيل والتقعيد الفقهي وكان منهم من تجاوز القواعد الخاصة ، فألف في القواعد العامة ، وتبلورت القواعد الشرعية في مؤلفات كثيرة ، أذكر منها لرجال المدرسة المالكية :

- انوار البروق في انواء الفروق لشهاب الدين القرافي ت 684 هـ

- قواعد (66) المقري الجد ت 759 هـ .

---

62) مخـ بدار الكتب الوطنية بتونس أول مجموع رقمه 14862 .

63) المخـ المذكور اعلاه : 19 ب .

64) أصول الفتيا : 21 ب .

65) المراد ما عرف عند علماء المنطق بالقضية الموجبة المسورة بعبارة (كل) التي تدل على كمية الافراد بالتعميم . وبهذه العبارة تكون القضية محصورة .

واستعمال صيغة الكلية يساعد ابن حارث على اداء ما يقصد من تعميم الحكم .

66) مخـ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14682 .

وكتاب القواعد موضوع أطروحة دكتوراه دولة يعدها الشيخ أحمد بن عبد الله بن حميد بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

ـ ايضاح (67) المسالك الى قواعد الامام أبي عبد الله مالك لأبي العباس احمد بن يحيى الونشريسي ت 914 هـ .

ـ الفروق (68) للونشريسي المذكور .

ـ المسند (69) المذهب في ضبط قواعد المذهب للشيخ عظوم (من رجال القرن الهجري التاسع) .

وهناك من اتجه الى جمع القواعد في نظم مثل أبي الحسن علي بن قاسم التجيبي الزقاق من أهل فاس ، ت 912 هـ .
وقد سمى نظمه (المنهج المنتخب على قواعد المذهب) (70) .

أما العناية بالنظائر فقد تجلت في بعض المدونات تارة موزعة بين المسائل وتارة في تأليف مستقل؛ فأنت تجد لابن فرحون نظائر موزعة في كتابه (المسائل الملقوطة) وتجد لابن عبدون المكناسي نظائر في تأليف مستقل (71) ولابن غازي المكناسي منظومة في نظائر المسائل الواردة في رسالة عبد الله بن أبي زيد القيرواني سماها (تحرير المقالة في نظائر الرسالة) (72) .
ومما يقول فيها جامعا المواطن التي يلغى فيها اليوم الأول :

واليوم يلغى . في اليمين والكرا	وفي الاقامة على ما اشتهرا
وفي خيار البيع ثم العدة	واجعل عقيقة وعهدة

---

67) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 15510 .

68) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 15087 .

69) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14891 .

70) شرح هذا النظم أبو العباس المتجورت 995 هـ وتوجد من هذا الشرح نسخة بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 12648 وطبع على الحجر بفاس وللشيخ ميارة تكميل المنهج المنتخب رقمه بالمكتبة الوطنية بتونس 21265 .

71) مخ.اول مجموع بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14862 .

72) شرح هذه المنظومة محمد الحطاب . وتوجد من هذا الشرح نسختان بالمكتبة الوطنية بتونس : الأولى رقمها 14842 والثانية رقمها 15127 . وتوجد منه نسخة بالخزانة العامة بالرباط ضمن مجموع يحمل رقم 6426 د من ص 357 الى ص 402 .

وأما العناية بالكليات الفقهية فقد تجلت عند بعض فقهاء المدرسة المالكية الذين كان منهم من تجاوز ابن حارث الذي نثر كلياته في شتى ابواب (أصول الفتيا) بجمعها مستقلة مرتبة على أبواب الفقه .

فها هو أبو عبد الله محمد المقري الجد المتقدم ذكره ، يخصص القسم الثاني من كتابه (عمل من طب لمن حب) (73) بالكليات الفقهية ويحشر به خمسمائة كلية ذكر لنا انه بذل وسعه في تحقيقها وقال : (لولا تسامح من تقدمنا في اثباتها لم نتعرض لها ، على انا اشد احتفالا بتحريرها) (74).

وهذه الكليات وزعها المقري على أبواب الفقه من العبادات والمعاملات .

وها هو أبو عبد الله محمد بن غازي المذكور يشتهر بكتابه (الكليات الفقهية) (75) الذي خصه بكليات متعلقة بالنكاح وتوابعه والمعاملات على اختلافها والأقضية والشهادات والحدود والعتق ، ولم يضمنه شيئا من مسائل العبادات .

وتشعرنا مقدمة هذا الكتاب ان ابن غازي كان يهدف بوضع هذه الكليات في المسائل التي جرت عليها الاحكام الى ما قصد اليه ابن حارث في (أصول الفتيا) مما أوضحه في مقدمته .

كما يشعرنا تشابه عبارات بعض كليات ابن غازي مع عبارات واردة في نفس الموضوع من كليات ابن حارث المتناثرة في (أصول الفتيا) يشعرنا بمدى تأثر ابن غازي بمنهج (أصول الفتيا) الذي تأكد تداوله بين أيدي فقهاء المدرسة المالكية (76) .

---

73) توجد منه قطعة بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم 1258 د .

والقسم الأول من كتابه يشتمل على خمسمائة حديث نبوي صحيح والثالث يشتمل على مائتين من القواعد الحكمية ، والرابع في الفاظ حكمية مستعملة في الاحكام الشرعية .

وقد شرعنا في تحقيق هذا الكتاب .

74) (عمل من طب لمن حب) المذكور اعلاه 14 أ .

75) طبع بفاس بتاريخ مجهول .

76) تأكد ذلك باستشهادهم بنصوص منه في مؤلفاتهم. وقد عرضنا لذلك خمسة نماذج فيما سبق .

ثم ان بادرة ابن حارث الى تخصيص بعض المواضيع بباب يجمع المسائل التي كانت موزعة بين أبـواب قد آل بها التطور الى ان تظهر في تأليف مستقل بموضوع كانت مسائله متناثرة بين الأبواب : فقد تجلت البادرة عند ابن حارث ـ مثلا ـ في : (احكام البنيان) وفي (الشروط) ثم تطورت عند محمد اللخمي البناء المعروف بابن الرامي التونسي من رجال القرن الثامن هـ في كتابه (الاعلان في احكام البنيان) (77) وعند الحطاب في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) (78).

جملة القول :

ان المدرسة القيروانية بافريقية والمدرسة القرطبية بالاندلس قد انجبتا في النصف الأول من القرن الرابع الهجري فقيها نظارا ومؤرخا راوية زود المكتبة الاسلامية بتراث علمي هام وهو محمد بن حارث الخشني الذي شق الطريق بكتابه « أصول الفتيا » امام فقهـاء المدرسة المالكية ليصوغوا القواعد الفقهية في المذهب ، ويهتموا باناطة المسائل بضوابطها : وذلك ما يسهل للمجتهدين والمفتين عملهم في استنباط الاحكام الشرعية .

وان كليات المسائل الفقهية التي عرضها ابن حارث في كتابه قد دلت صيغتها على استمداده من المنطق الارسطي أسلوب التعبير بالقضية المسورة بـ (كل) لتعميم الحكم فيما اطرد أصله ، ولم يتناقض حكمه ... وهذا ما اقتفى اثره فيه المقري الجد وابن غازي المكناسي .

وان كتاب « أصول الفتيا » لم يكن من المطولات ولا من المدونات التي تسـتقصي الفروع ، وانما كان كتابا موجزا ، دقيق العبارة ، مهتما بصـوغ القواعـد الفقهية وجمـع النظائر ... وقد نجح مؤلفه الى مدى بعيد في تحقيق الخطة التي رسمها في مقدمته ، وسما الى التقعيد وأسهم في ابراز روح التشريع الاسلامي ومبادئه .

---

77) توجد منه نسخة خطية بالمكتبة الوطنية بتونس رقمها 14967 وطبع على الحجر بفاس وقد ذكره سركيس في معجم المطبوعات ص 1588

78) توجد منه نسخة خطية بالمكتبة الوطنية بتونس تحت رقم 8237 وأخرى بالخزانة العامة بالرباط رقمها 387 هـ .

النسخة المعتمدة

تحتفظ الخزانة العامة بالرباط بالنسخة الفريدة التي لم نعثر على سواها من كتاب ابن حارث « أصول الفتيا » ، وهي تقع أول مجموع يحمل رقم 1729 د .

ويضم هذا المجموع ثلاثة كتب :

أ ـ أصول الفتيا (المذكور) لابن حارث (79) من الورقة الأولى الى الورقة 44 ب .

ب ـ : حدود ابن عرفة (80) من الورقة 45 ب الى 54 أ

ج ـ : كليات ابن غازي (81) من الورقة 54 ب الى 75 أ .

---

79) يظهر ان الناسخ ـ الذي لم يذكر اسمه ـ اخطأ في اسم المؤلف : اذ كتب على وجه الورقة الأولى : (هذا كتاب فيه أصول الفتيا في الفقه ... وضع محمد بن أسد بن حارث الخشني رضي الله عنه) ـ وما نجده عند عياض في (المدارك:531/4) (محمد بن حارث بن اسماعيل الخشني) وعند سائر المترجمين (محمد بن حارث بن أسد) .

80) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي ، الفقيه المفسر ، امام جامع الزيتونة . اخذ عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون والامام السطي وغيرهم وأخذ عنه من لا يعد كثرة من أهل المشرق والمغرب امثال البرزلي والأبي وابن ناجي وابن عقاب .

توفي سنة 803 هـ وقبره بالجلاز معروف (شجرة النور:227/1) .

وكتابه الحدود هو احد مؤلفاته ويتضمن التعاريف الفقهية ، وقد شرحه الرصاع وطبع هذا الشرح بتونس .

81) أبو عبد الله محمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي شيخ الجماعة بفاس أخذ عن أشهر شيوخ مكناسة الزيتون وفاس ، وتولى الخطابة والامامة بجامع القرويين والتدريس به . فأخذ عنه جمع غفير من طلبة فاس وصنف مؤلفات كثيرة في الفقه والحديث وعلوم العربية والفرائض والحساب والتاريخ . ترجمته في (إتحاف اعلام الناس،3/4 ، نيل الابتهاج : 334 ؛ شجرة النور الزكية،276/1 ؛ معجم المؤلفين:16/9) .

وكتابه الكليات يشتمل على 334 مسألة من الفقه المالكي في النكاح والمعاملات ودراسة هذه الكليات وشرحها موضوع اطروحة محمّد أبي الاجفان لنيل دكتوراه الحلقة الثالثة بالكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين ـ تونس .

أوراق المجموع من الحجم الكبير .

وبالنسبة إلى كتاب أصول الفتيا ، فان :

المسطرة 34 .

والمقاس 27×20 .

والخط مغربي قريب من الوضوح .

والحبر أسود داكن ، والعناوين محلاة بالاحمر .

وأوراقه يبدو عليها القدم اكثر مما يبدو في الكتابين المواليين وقد مس التآكل والكشط بعض السطور من هذا الكتاب (الأول) .

وليس من تاريخ في هذا المجموع الا ما ورد آخر كتاب (أصول الفتيا) وهو الذي تضمنته الفقرة التالية :

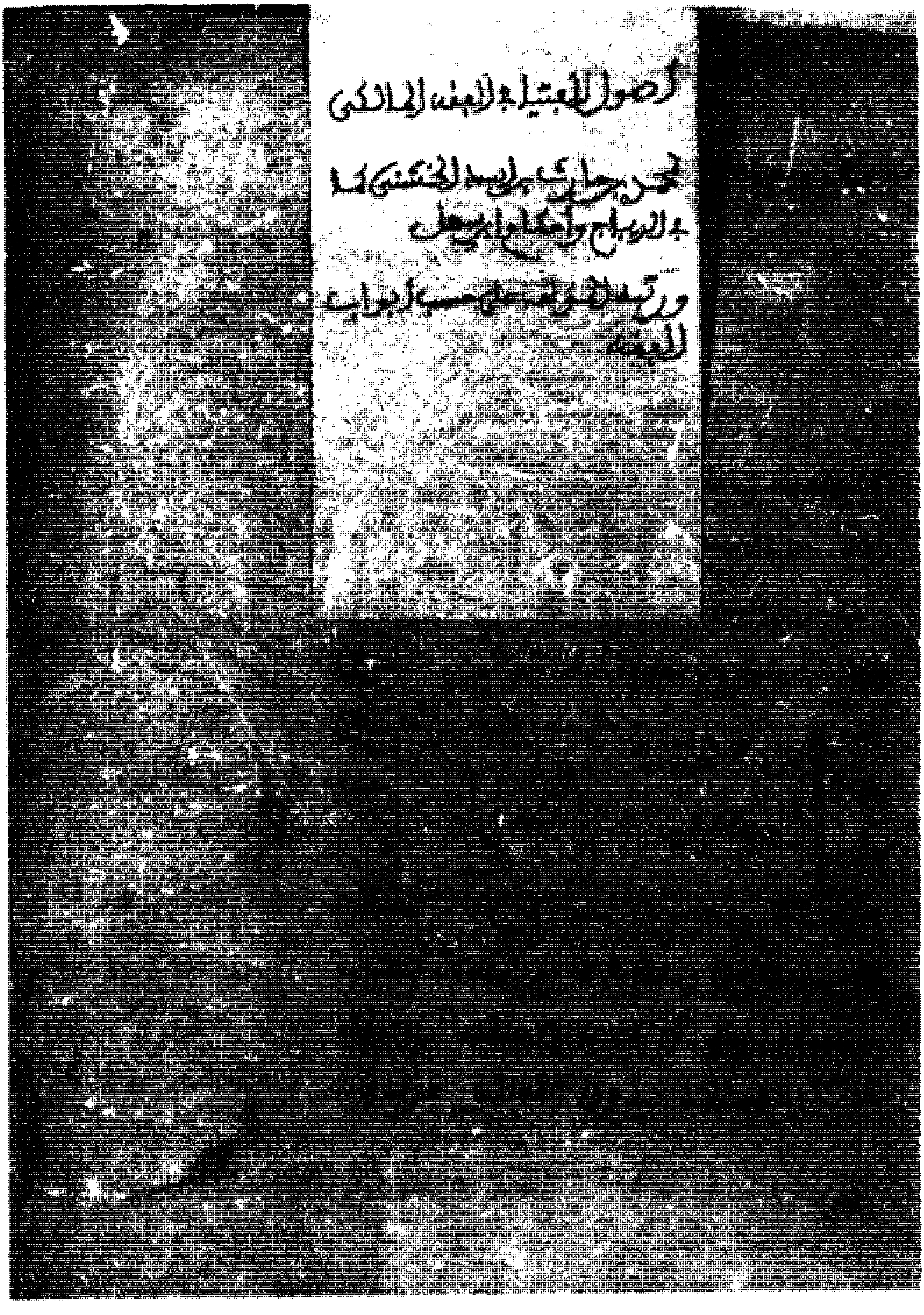
(انتهى بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله ، من نسخة فيها بعض تصحيف ، قال ناسخها: انه كتبها من نسخة قديمة كتبت سنة 586) .

وهذا التاريخ كتب بأعلى كلمة (سنة) بالارقام الهندية مع عدم وضوح في رقم المئات وأعيدت كتابته تحت (سنة) بالقلم الفاسي بما ينحل الى 586 .

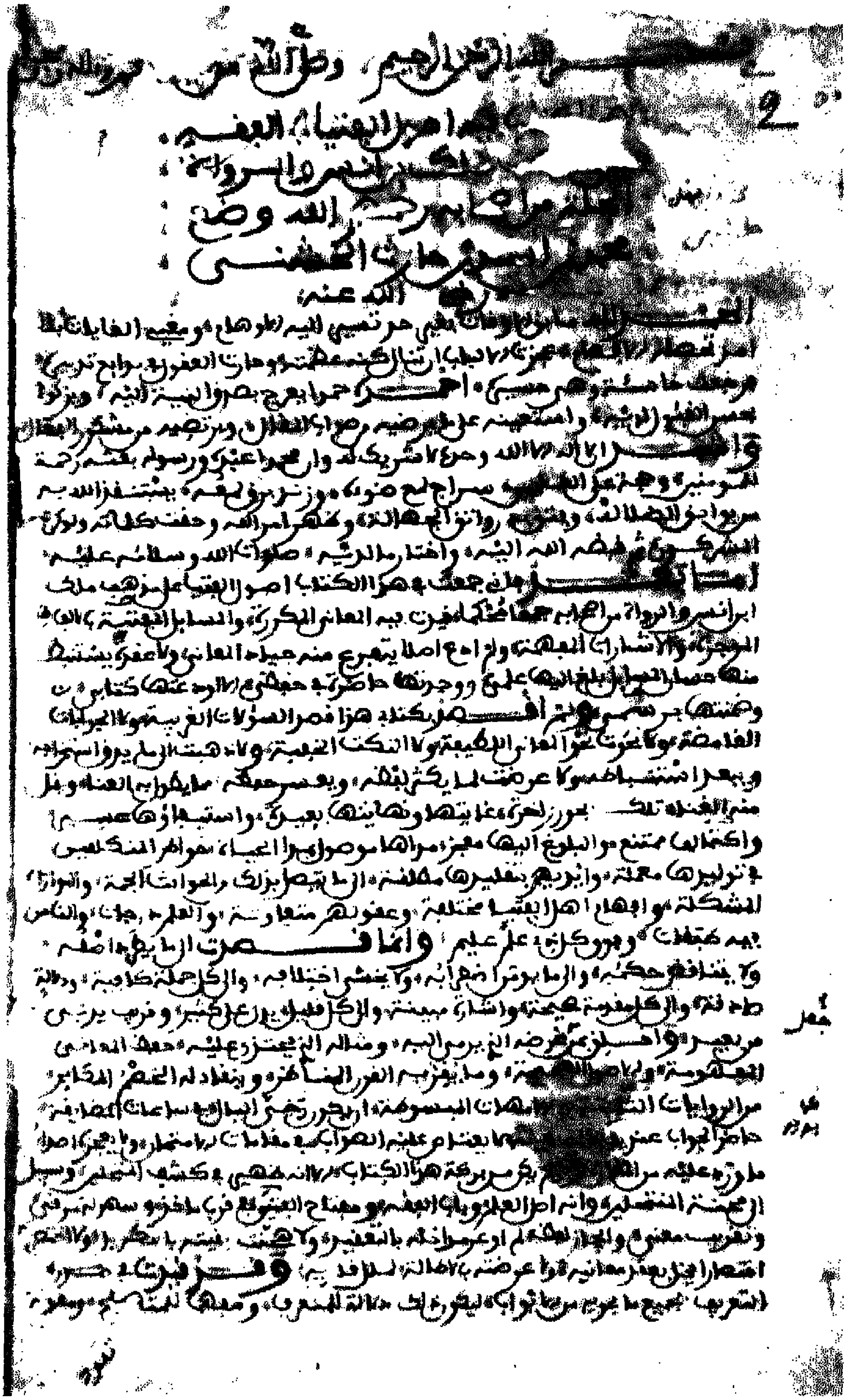
هذا وبما ان جهودنا لم تثمر بعد في الظفر بنسخ أخرى من كتاب (أصول الفتيا) ، وليحصل اليقين بصحة نسبة النسخة ـ التي اعتمدناها ـ الى مؤلفها محمد بن حارث فاننا حرصنا على البحث عن نصوص فقهية مما استشهد به المصنفون في كتبهم من أقوال ابن حارث في كتابه (أصول الفتيا) . وقد امكننا العثور على طائفة من النصوص المتناثرة في بعض المصنفات الفقهية التي اعتمدت اقوال ابن حارث ـ فيما اعتمدت من أمهات كتب المذهب المالكي ـ وهذه الطائفة من النصوص تحقق ما هدفنا اليه من تأكيد نسبة النسخة المعتمدة الى صاحبها ، وقد عرضنا هذه النصوص عند الحديث عـن المظهر الأول من مظهري تأثير ابن حارث في حركة التدوين الفقهي .

أُصُولُ الفُتْيَا فِي الفِقْهِ

على مذهب الإمام مالك



صورة صفحة عنوان الكتاب


بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد

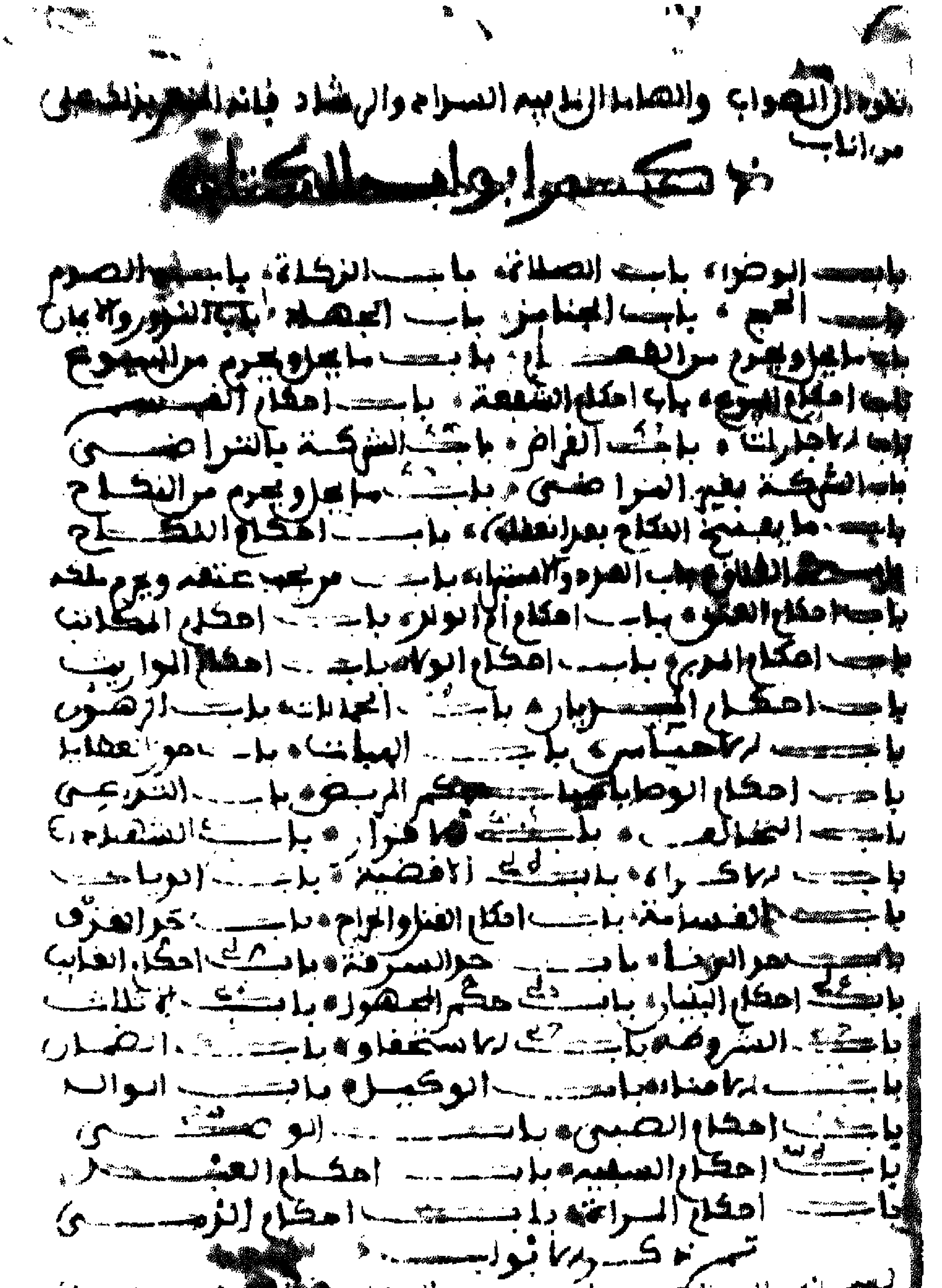
هذا أصول الفتيا في الفقه

على مذهب الإمام مالك

محمد بن حارث الخشني

رضي الله عنه

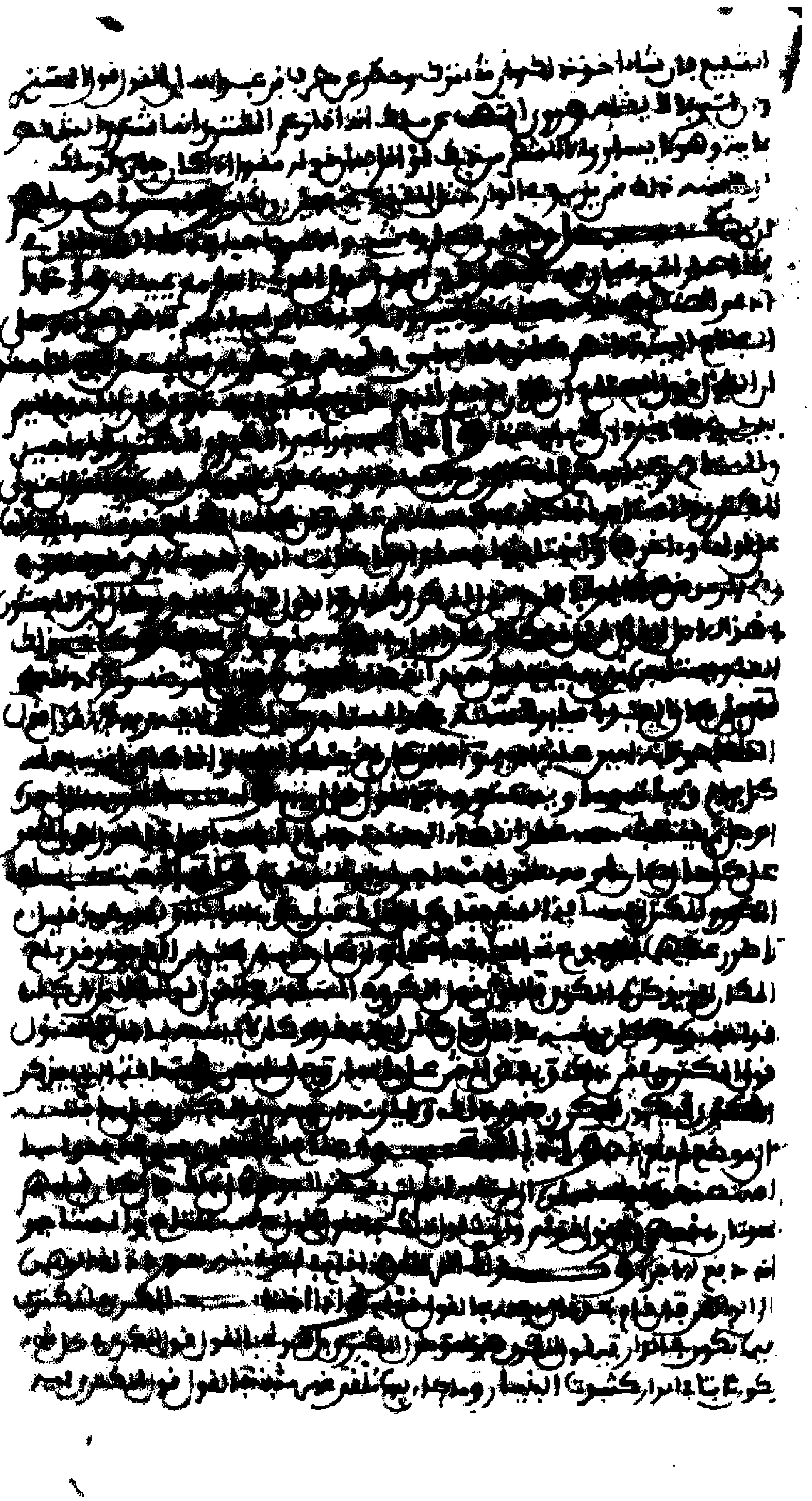
صورة الصفحة الأولى


نحو الى الصواب والهاما الى ما فيه السداد والرشاد فانه المعين [illegible]
من ابواب
ذكر جميع ابواب الكتاب

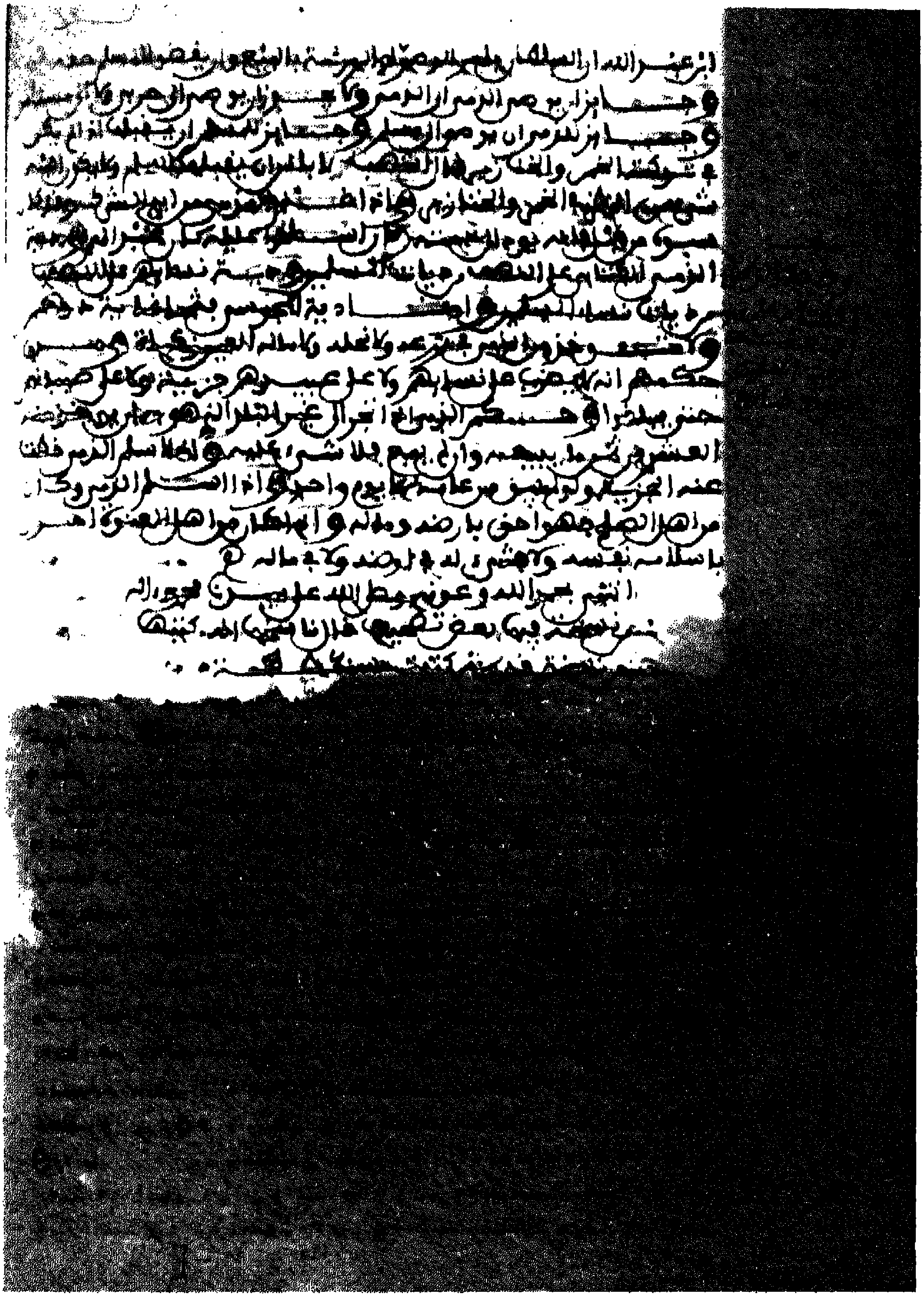
باب الوضوء باب الصلاة باب الزكاة باب الصوم
باب الحج باب الجنائز باب الجهاد باب النذور والايمان
باب ما يحل ويحرم من الصيد [illegible] باب ما يحل ويحرم من البيوع
باب احكام البيوع باب احكام الشفعة باب احكام [illegible]
باب الاجارات باب القراض باب الشركة بالتراضي
باب الشركة بغير التراضي باب ما يحل ويحرم من النكاح
باب ما يفسخ النكاح بعد انعقاده باب احكام النكاح
باب الطلاق باب العدة والاستبراء باب من يجب عتقه ويحرم ملكه
باب احكام العتق باب احكام الولاء باب احكام المكاتب
باب احكام المدبر باب احكام [illegible] باب احكام المواريث
باب احكام [illegible] باب الجنايات باب [illegible]
باب [illegible] باب الهبات باب [illegible]
باب احكام الوصايا باب حكم [illegible] باب التداعي
باب [illegible] باب [illegible] باب الشهادات
باب [illegible] باب الاقضية باب الربا
باب القسامة باب احكام [illegible] باب حد القذف
باب حد الزنا باب حد السرقة باب احكام الغاصب
باب احكام البنيان باب حكم [illegible] باب [illegible]
باب الشروط باب [illegible] باب [illegible]
باب [illegible] باب الوكيل باب [illegible]
باب احكام الصبي باب [illegible]
باب احكام السفيه باب احكام العبيد
باب احكام [illegible] باب احكام [illegible]
تمت ذكر الابواب

بسم الله الرحمن الرحيم باب الوضوء [illegible]

صورة صفحة الفهرس



صورة صفحة من الصفحات المطموسة



صورة الصفحة الأخيرة من المخطوط

/ بسم الله الرحمن الرحيم [ا - ب]

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

هذا كتاب فيه أصول الفتيا في الفقه [على مذهب] (1) مالك بن انس والرواة الجلّة من أصحابه - رحمهم الله - وضع محمد بن أسد بن حارث (2) الخشني .

[مقدمة]

الحمد لله سابق الأوقات بغير حد تسير اليه الأوهام ، ومغيّي الغايات بلا أمد تحصله الأفهام ، عجزت الألباب ان تنال كنه عظمته ، وحارت العقول في بدائع تدبيره ، فرجعت خاسئة وهي حسيرة (3) .

احمده حمدا يعرج بصدق النية اليه ، ويزكو بحسن القبول لديه ، واستعينه على ما يرضيه من صواب المقال ، ويرتضيه من مشكور الفعال .

واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له ، وان محمدا عبده ورسوله ، بعثه رحمة للمؤمنين (4) ، وحجة على العالمين (5) .

---

1) ما بين العاقفتين مطموس بالأصل وما أثبتناه اقتضاه السياق .

2) الصواب محمد بن حارث بن أسد (انظر المقدمة ص 17) .

3) إشارة إلى قوله تعا. (ثم ارجع البصر كرتين ينقلب إليك البصر خاسئا وهو حسير) الملك : 4

4) اشارة الى قوله تعالى (لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم ، حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم) التوبة:128 .

5) اشارة الى قوله تعالى : (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) الاسراء:15 وقوله سبحانه : (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا) القصص:59 .

سراج لمع ضوؤه ، وزند برق لمعه ، يستنقذ الله به من بوائق (6) الضلالة ، وفتق به روانق (7) الجهالة ، وظهر امر الله وحقت كلماته ، ولو كره (8) .

أما بعد :

فاني جمعت في هذا الكتاب أصول الفتيا على مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه جمعا محكما ، قيدت فيه المعاني المكررة ، والمسائل المفتية بالالفاظ الموجزة ، والاشارات المفهمة ، ولم ادع أصلا يتفرع منه جياد المعاني ، ولا عقدة يستنبط منها حسان المسائل بلغ اليها علمي ، ووجدتها حاضرة في حفظي ، الا اودعتها كتابي ، وضمنتها برسمي .

ولم أقصد بكتابي هذا قصد السؤلات الغريبة ، ولا الجدليات الغامضة ، ولا نحوت نحو المعاني اللطيفة ، ولا النكت الخفية ، ولا ذهبت الى ما يدق استخراجه ، ويبعد استنباطه ، ولا عرضت لما يكثر لفظه ، ويعسر حفظه ، مما يطول به العناء ، ويقل منه الغناء ، تلك بحور زاخرة ، غايتها ونهايتها بعيدة ، واستيفاؤها عسير ، واكتناهها ممتنع ، والبلوغ اليها معجز ، مداها موصول بمدى الحياة ، خواطر المتكلفين في توليدها معملة ، وايديهم بتقليدها مطلقة ، الى ما يتصل بذلك من الحوادث الجمة ، والنوازل المشكلة ، وافهام اهل الفتيا مختلفة وعقولهم متفاوتة ، والعلم درجات ، والناس فيه طبقات ، وفوق كل ذي عليم عليم (9) .

وانما قصدت الى ما يطرد أصله ، ولا يتناقض حكمه ، والى ما يؤمن اضطرابه ، ولا يخشى اختلافه ، والى كل جملة كافية ، ودلالة صادقة ، والى كل مقدمة صحيحة ، واشارة مبينة ، والى كل قليل ، يدل على كثير ، وقريب يدني من بعيد .

---

6) بوائق ج بائقة : الغائلة والداهية (متن اللغة : بوق) .

7) الروانق ج الرنق : الكدر ، الرنق والرنق تراب في الماء من القذى ونحوه ويجمع على رنائق او ريانق على القلب ، خلافا لما اثبته المصنف انظر (اللسان : رنق) .

8) يبدو أن المصنف يشير الى قوله تعالى : « يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون هو الذي ارسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون » الصف 8 ـ 9 .

9) يقول الله تعالى : « نرفع درجات من نشاء ، وفوق كل ذي علم عليم » يوسف 76 .

وأخلق بمن جعل غرضه الذي يرمي إليه ، ومثاله الذي يحتذى عليه ، حفظ المعاني المفهومة ، والأصول الصحيحة ، ومايفر به القرن (10)المناظر ، وينقاد له الخصم المكابر ، من الروايات الثابتة ، في الأمهات المبسوطة ، أن يكون رضي البال ، في ساعات المضايقة ، حاضر الجواب عند يديه بالمساءلة ، لا يعتاصُ (11) عليه الصواب في مقامات الامتحان ، ولا يعجزه اصدار ما ورد عليه من المقال .

وان لم يكن من بركة هذا الكتاب ، الا انه ظهير في كشف المتحلين ، وسبيل الى محنة المنتحلين ، وانه أصل العلم وباب الفقه ، ومفتاح الفتيق ، في قرب مأخذ ، وسهولة مرقى ، وتقريب معنى ، وايجاز لفظ ، لم أوعر مداخله بالتعقيد ، ولا هجنت بقيته بالتكرير ، ولا اختصرته اختصارا يخل بعقد معانيه ، ولا عرضته بالاطالة لملل قاريه .

وقد قيدت في صدره التعريف بجميع ما يحويه من الأبواب ، ليكون ذلك دلالة للمتعرف ، ومفهما للمتصفح ، ومعونة/تقود الى الصواب ، والهاما الى ما فيه السداد |2 - ظ|
والرشاد ، فانه المنعم بذلك على من اناب .

---

10) وهو الكفء والنظير في العلم وغيره (أقرب الموارد : قرن) .

11) اعتاص عليه الأمر : التوى . واعتاص على هذا الأمر يعتاص . فهو معتاص : اذا التاث عليه أمره فلم يهتد لجهة الصواب فيه .

والعوص : ضد الامكان واليسر (لسان العرب : عوص) .

ذكر أبواب الكتاب (*)

باب الوضوء [1ـ23/47ـ 58] باب الصلاة [24ـ 48/59ـ 67] باب الزكاة [49ـ 64/68ـ 75] باب الصوم [65ـ 71/76ـ 79] باب الحج [72ـ 93/80ـ 94] باب الجنائز [94ـ 111/95ـ 97] باب الجهاد [102ـ 110/98ـ 102] باب النذور والايمان [111ـ 122/103ـ 107] باب ما يحل ويحرم من الصيد [123ـ 133/108ـ 111] باب ما يحل ويحرم من البيوع [134ـ 161/112ـ 124] باب أحكام البيوع [162ـ 177/125ـ 133] باب أحكام الشفعة [178ـ 190/134ـ 138] باب أحكام القسم [191ـ 207/139ـ 144] باب الإجارات [208ـ 226/145ـ 151] باب القراض [227ـ 234/152ـ 155] باب الشركة بالتراضي [235ـ 246/156ـ 160] باب الشركة الداخلة بغير التراضي[1] [247ـ 253/161ـ 165] باب ما يحل ويحرم من النكاح [254ـ 263/166ـ 112] باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده [264ـ 283/173ـ 180] باب أحكام النكاح [284ـ 308/181ـ 190] باب الطلاق [309ـ 319/191ـ 194] الإيلاء والظهار واللعان والخلع[2] 320ـ 333/195ـ 200] الحضانة[2] [334ـ 334/201ـ 201] باب العدد والاستبراء [335ـ 347/202ـ 206] باب ما يجب عتقه ويحرم ملكه [348ـ 355/207ـ 209] باب أحكام العتق [356ـ 366/210ـ 214] باب أحكام أم الولد [367ـ 377/215ـ 219] باب أحكام المكاتب [378ـ 388/220ـ 224] باب أحكام المدبر [389ـ 394/225ـ 227] باب أحكام الولاء [395ـ 400/228ـ 230] باب أحكام المواريث [401ـ 409/231ـ 234] باب أحكام المديان [410ـ 412/235ـ 238] باب الحمالات [413ـ 416/239ـ 242] باب الحوالة[2] 417ـ 418/243ـ 244] باب الرهون [419ـ 426/245ـ 248] باب الأحباس [427ـ 432/249ـ 252] باب الهبات [433ـ 443/253ـ 258] باب حوز العطايا [444ـ 451/259ـ 263] باب أحكام الوصايا [452ـ 461/264ـ 269] باب حكم المريض [462ـ 474/270ـ 275] باب التداعي [475ـ 527/276ـ 298] باب التحالف [528ـ 540/299ـ 304] باب الإقرار [541ـ 561/305ـ 312] باب الإكراه[3] [562ـ 473/313ـ 316] باب الشهادات [574ـ 585/317ـ 322] باب الأقضية [586ـ 603/323ـ 330] باب الديات [604ـ 610/331ـ 335] باب القسامة [611ـ 615/336ـ 338] باب أحكام القتل والجراح [616ـ 634/339ـ 345] باب حد القذف [635ـ 638/346ـ 347] باب حد الزنا [639ـ 644/348ـ 350] باب حد السرقة [645ـ 650/351ـ 352] باب أحكام الغائب [651ـ 661/353ـ 358] باب أحكام البنيان [662ـ 676/359ـ 365] باب حكم المجهول [677ـ 687/366ـ 371] باب الاثلاث [688ـ 699/372ـ 375] باب الشروط [700ـ 708/376ـ 379] باب الاستحقاق [709ـ 718/380ـ 383] باب الضمان [719ـ 734/384ـ 390] باب الأمناء [735ـ /391ـ393] باب الوكيل [736ـ 740/394ـ 396] باب الوالد [741ـ 755/397ـ 401] باب أحكام الصبي [756ـ 769/402ـ 407] باب الوصي [770ـ 783/408ـ 413] باب أحكام السفيه [784ـ 788/414ـ 416] باب أحكام العبد [789ـ 811/417ـ 424] باب أحكام المرأة [812ـ 825/425ـ 430] باب أحكام الذمي [826ـ 845/431ـ 437] .

تمّ ذكر الأبواب

---

*) الفهرس من وضع المؤلف والأرقام المحصورة بين المعقفات زيادة من المحققين : الرقمان الأولان لفقرات الكتاب ، والرقمان الثالث والرابع للصفات .

1) كذا ورد هنا ، في الكتاب : بغير تراض.　　2) هذه العناوين زيادة منا .

3) ورد هنا باب الإكراه مؤخرا على باب الشهادات .

/ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم . [2 ـ ب]

باب الوضوء (*)

[الماء المتغير]

1 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس والرواة أصحابه : أن كل ماء خالطه شيء غيّره طاهرا كان ذلك الشيء أو نجسا حتى غلب عليه حكمه إما في لونه واما في طعمه وإما في رائحته ، فان ذلك الماء خارج من الماء الذي جعله للطهور أو أمر بالوضوء به (1) .

[المتغير بطاهر]

2 ـ ومن توضأ بشيء منها أعاد الصلاة في الوقت وبعده (2) .

وهي كالانبذة (3)والامراق وماء الورد وماء الزعفران وماء أنقع فيه خبز أو جلد أو ما أشبه ذلك (4) .

---

*) الوضوء : مشتق من الوضاءة وهي النظافة والحسن .

وشرعا طهارة مائية تتعلق باعضاء مخصوصة على وجه مخصوص

انظر : (الشرح الصغير 104/1) .

1) الماء الذي جعله الشارع للطهور هو الذي لم يتغير بشيء غير ملازم له .

وقال تعالى : (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) الانفال : 11

وقال سبحانه : (وانزلنا من السماء ماء طهورا) الفرقان : 48

2 ـ تعاد الصلاة لان الحدث لا يرفع الا بالماء المطلق الباقي على اوصاف خلقته .

3) المراد غير المسكر منها لأن المسكر نجس .

4) في ذلك تفصيل انظره في (حاشية الصفتي على الجواهر الزكية 37)

[المختلف في طهارته]

3 ـ وما جرى في كتبهم من ذكر الماء النجس الذي من توضأ به أعاد في الوقت ، إنما هو الماء النجس الذي اختلف في طهارته العلماء (5) .

[المتغير بنجس]

4 ـ واما ما وقع فيه الاتفاق من أجل ما غلب عليه من حكم النجاسة ، فالصلاة به غير جائزة وتجب اعادتها ابدا .

[ما يترتب عن الملامسة]

5 ـ محمد : الملامسة (6) التي تصحبها الشهوة اذا كانت باليد او ببعض الأعضاء حاشا الفرج ، توجب خمسا من الاحكام :

ـ تنقض الطهارة ان كان طاهرا .

ـ وتبطل صلاته إن كان حينئذ مصليا .

ـ وتوجب فطره ويلزمه القضاء ان كان صائما .

ـ وتوجب عليه الهدي إن كان محرما (7) .

ـ وتحرّم بنت المرأة الزوجة ان كان لم يكن دخل بها (8) .

ـ وتحرم أمها وابنتها ان كانت امة وتحرم بذلك على أبيه وابنه (9) .

---

5) الماء المختلف في طهارته هو الذي حلت به نجاسة ولم تغير وصفا من أوصافه وكان يسيرا.ووجه الاعادة في الوقت لمن توضا بهذا الماء مراعاة الخلاف.وهذا مذهب الرسالة والمدونة وشهر بعض شراح خليل القول بعدم الاعادة .

6) ملاقاة جسم لجسم على جهة الاختبار ولو كان ظفرا أو شعرا .

7) الاحرام : ابن عرفة بقوله (صفة حكمية توجب لموصوفها حرمة مقدمات الوطء مطلقا والقاء التفت والطيب ولبس الذكور المخيط والصيد لغير ضرورة لا يبطل بما تمنعه (شرح حدود ابن عرفة).

9،8) سياتي هذا الحكم في باب (ما يحل ويحرم من النكاح) .

محمد : الذي ذكرته في التذاذ الصائم رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة (10)

[ما يترتب عن مغيب الحشفة]

6 ـ ومغيب الحشفة (11) عند المسيس يوجب سبعا من الأحكام (12) :

ـ يوجب الغسل.

ـ ويثبت الحد .

ـ ويفسد الحج .

ـ ويفطر الصائم.

ـ ويحل المطلقة .

ـ ويتم الصداق .

ـ ويوجب حكم الاحصان

[نسيان فرض أو سنة من الوضوء]

7 ـ ومن مشهور أصولهم : أن حكم الناسي لشيء من مفروض الوضوء ، خلاف حكم الناسي لشيء من مسنونه :

---

10) يذكر ابن القاسم ان من لامس امرأته فانزل يكون عليه القضاء والكفارة عند مالك.وكذلك ان لامست هي ذكره فأمكنها من ذلك حتى انزل (المدونة:198/1 ، 199) .

11) الحشفة : الكمرة (بفتح الميم) وهي رأس الذكر.
فاذا غيبها صاحبها وهو بالغ ولو غير منتشرة في فرج وجبت الاحكام الشرعية المذكورة اعلاه .

12) يقول عبد الله بن ابى زيد في رسالته: « مغيب الحشفة فى الفرج يوجب الغسل ويوجب الحد . [illegible]جب الصداق ، ويحصن الزوجين ، ويحل المطلقة ثلاثا للذي طلقها ، ويفسد الحج ، ويفسد الصوم » (الفواكه [illegible] : 114/1 ، 115) .

والاحصان يكون للزوجين الحرين المسلمين العاقلين البالغين اللذين كان عقد نكاحهما صحيحا لازما وكان وطؤهما مباحا مع انتشار .

من ترك من المفروض شيئا أعاد الصلاة ابدا في الوقت وبعده .

ومن ترك شيئا من مسنون الوضوء لم يعد في وقت ولا غيره .

والمفروض ما ذكره الله في كتابه (13) من غسل الوجه واليدين الى المرفقين والمسح بالرأس وغسل الرجلين (14) .

والمسنون : المضمضة ، والاستنشاق ، والاستنثار ، ومسح داخل الاذنين (15)

[نواقض الوضوء]

8 ـ وأصل انتقاض الوضوء ثلاثة اشياء : النوم (16) ، والملامسة ، والحدث (17) من أحد المخرجين .

[بول الحيوان]

9 ـ انظر فكل ما أكل لحمه ، فبوله طاهر ، وما لم يؤكل لحمه فبوله نجس ، الا ان

---

13) قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين » المائدة : 6 .

14) تسمى هذه الفرائض بالفرائض القرآنية وهي فرض بالاجماع .

وللوضوء فرائض اخرى على مشهور المذهب وهي : النية والدلك والفور (الشرح الصغير : 104/1) .

15) هناك سنن أخرى وهي : غسل اليدين الى الكوعين عند الشروع في الوضوء ، ورد مسح الرأس ، وتجديد الماء لمسح الاذنين ، وترتيب فرائض الوضوء بان يغسل الوجه ثم الذراعين ثم يمسح الراس ثم يغسل الرجلين (الجواهر الزكية : 51 وما بعدها) .

16) النوم اذا كان ثقيلا سواء طال او قصر .

اما الخفيف فلا ينقض الوضوء لما روى مسلم « ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامون ثم يصلون ولا يتوضأون » .

وانما فرق بين النوم الثقيل والخفيف لأن الأول لا يشعر صاحبه بالحدث بخلاف الثاني فان صاحبه يحس بالحدث اذا خرج منه (الفواكه الدواني : 111/1) .

17) هو الذي يخرج بصفة معتادة من احد السبيلين على وجه الصحة ، ويشمل البول ، والغائط ، والمذي ، والودي ، والريح (العزية : 89) .

يكون من الدواب والطيور التي تأكل الأشياء النجسة مثل الدجاج المخلاة (18) فإن بوالها نجسة .

والفرق بين ابوالها ولحومها الجائز اكلها ان الأبوال هي عين الماء النجس والممتزج بالنجس ، واللحم انما كان عن اختلاف العين فحل أكله .

[انتقاض التيمم]

10 ـ انظر الى المتيمم : فاذا وجب عليه طلب الماء انتقض تيممه(19)، وإذا لم يجب عليه الطلب لم ينتقض تيممه(20).

[التيمم للصلاة]

11 ـ بيان ذلك قولهم : لا بأس/ان تصلي نافلة بتيمم صلاة الفريضة،ولا تصلى [3 ـ أ] المكتوبة بتيمم صلاة النافله (21).

18) سئل مالك عن الدجاج والاوز تشرب في الاناء أيتوضأ به ؟ . قال : لا ، إلا ان تكون مقصورة لا تصل الى النتن . وكذلك الطير التي تأكل الجيف . واذا كانت مقصورة فلا بأس بسؤرها .

وقال ابن القاسم : فإن لم يجد ماء غيره وعلم انها تأكل النتن يتيمم ولا يتوضأ من ذلك الماء (المدونة : 6/1) .

19) التيمم لغة : القصد وبهذا المعنى ورد قوله تعالى : « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » البقرة 267 .

وشرعا : طهارة ترابية تشتمل على مسح الوجه واليدين بنية تستعمل عند عدم الماء او عدم القدرة على استعماله .

والأصل فيه قوله تعالى « فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا » النساء 43 .

20) يجب طلب الماء على من ظن وجوده فيما دون ميلين دون أن يشق عليه ، فاذا قصر هذا في طلبه وتيمم ثم وجده فيما دون الميلين فانه يعيد صلاته في الوقت استحبابا لتفريطه في الطلب . ولا يعيد اذا وجد ماء على بعد اكثر من الميلين لانه لا يجب عليه طلبه (الشرح الصغير : 190/1 ، 191) .

وأما من ترك الطلب الواجب وصلى ثم وجد الماء الذي يظن وجوده فيما دون الميلين فانه يعيد ابدا (حاشيه الصاوي، 190/1) .

21) يجوز لمن نوى التيمم لفريضة ان يصلي بتيممه نافلة بشرط ان يقدم الفريضة ، واذا نوى النافلة فلا يصلي بذلك فريضة . واذا نوى نفلا ، أومس مصحف ، أو قراءة ، أو طوافا فله أن يفعل بذلك غير ما نواه منها متقدما أو متأخرا (الشرح الصغير: 1/[illegible] ، 187) .

[نسيان عضو في الطهارة]

12 ـ وأصل قولهم في الرجل يتذكر انه بقي عليه طهارة بعض اعضائه : أنه ان كان بحضرة ذلك (22)،غسل ما نسي واعاد ما بعده .

وان كان قد تطاول ذلك غسل ما نسي فقط ولا يؤخر ذلك وان أخره أعاد الوضوء من أوله (23) .

[الصلاة في ثوب نجس]

13 ـ واختلفوا في المصلي وفي ثوبه نجس :

فمذهب ابن القاسم ان يعيد في الوقت (24) وان ذهب الوقت لم يعد (25) .

ابن وهب : ومن صلى وفي ثوبه دم حيض (26) اعاد في الوقت وبعده .

وهكذا ذكر ابو اسحاق العزفي عن اشهب في سماعه عنه ان قليل دم الحيض وكثيره تعاد منه الصلاة في الوقت وبعده .

[غُسل النصرانية]

14 ـ واختلفوا في المسلم تكون تحته النصرانية : هل يكرهها على الغسل ؟

---

22) يعني : بالقرب .

23) ما ذكره المؤلف يتعلق بنسيان فرض في الطهارة الصغرى.أما في الغسل فان من ترك لمعة ثم تذكرها فانه يغسلها ولا يعيد ما بعدها سواء تذكر بالقرب أو بالبعد ، وان لم يتذكر حتى صلى فعل المنسي واعاد الصلاة (الدر الثمين : 110/1 ، 138) .

24) الاعادة اذا كانت في الوقت فهي على وجه الاستحباب .

25) انظر (المدونة : 91/1 ط . 1السعادة مصر) .

26) دم الحيض هو الخارج بنفسه من فرج الممكن حملها عادة غير زائد على خمسة عشر يوما من غير ولادة (الدر الثمين : 134/1) .

ابن القاسم : يكرهها على الغسل من الحيضة ، لا من الجنابة (27)

وقال اشهب : لا يكرهها على الغسل في حيض ولا جنابة .

وقاله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم .

[الوضوء من مس الذكر]

15 - واختلفوا في الذي يمس ذكره ناسيا (28) :

ابن القاسم : عليه الوضوء (29) .

ابن وهب : لا وضوء عليه .

[صلاة من مس ذكره]

16 - سحنون : اختلف قول ابن القاسم في المصلي وقد مس ذكره ، فمرة قال : لا اعادة عليه ، ومرة قال : يعيد في الوقت .

ابن حبيب : روى المدنيون عن مالك انه يعيد الصلاة في الوقت وبعده . وروى المصريون عنه انه يعيد في الوقت لا غير .

ابن حبيب : ان كان عامدا اعاد في الوقت وبعده ، والناسي يعيد في الوقت خاصة .

[مسح بعض الرأس في الوضوء]

17 - واختلفوا في الذي يمسح بعض رأسه .

---

27) يقول ابن القاسم : تجبر النصرانية التي تكون زوجة لمسلم على الغسل من الحيضة ليطأها من قبل أن المسلم لا يطأ امرأته حتى تطهر من الحيض وأما الجنابة فلا بأس ان يطأها وهي جنب (المدونة 32/1 ، 33 ط . 1 السعادة مصر) .

28) يكون المس ناقضا للوضوء اذا وقع بباطن الكف أو جنبه أو بباطن الأصابع أو بجنبها من غير حائل سواء صحبته لذة أم لا (العزية : 93 ، 94) .

29) انظر (المدونة : 8/1 ، 9) .

فقال ابن القاسم : لا يجزيه ذلك ويعيد الصلاة ابدا (30) .

وروى أبو اسحاق عن أشهب ان صلاته مجزية .

[الاستنجاء]

18 ـ وذكر محمد بن ابراهيم بن عبدوس في كتاب الوضوء من كتاب مجموعته : ان مالكا سئل عن الاستنجاء (31) بالروثة [والحممة والعظم الطاهر] (32) فقال : ما سمعت فيه بنهي عام (33) .

قيل له : أترى بذلك بأسا ؟ قال : ما أرى .

وذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالروث و[الحممة] والجلد والعظم (34) .

قال ابن حبيب : كان مالك يكره الاستنجاء بالعظم والروثة ويستخف ما سوى ذلك .

---

30) استدل على وجوب مسح جميع الراس بظاهر القرآن قال تعالى : « وامسحوا برؤوسكم » المائدة 6 . والباء هنا للالصاق ولم يصحح اهل اللغة انها للتبعيض . والرسول صلى الله عليه وسلم مسح رأسه في الوضوء بيديه فأقبل بهما وأدبر بدأ بمقدم رأسه ثم ذهب بهما الى قفاه ثم ردهما حتى رجع الى المكان الذي بدأ منه ... كما جاء في الموطأ والصحيحين (حاشية الصفتي على الجواهر الزكية : 47) .

31) الاستنجاء : ازالة النجاسة وتطهير محلها (المخرجين) .

واصل الاستنجاء ان يكون بالماء واما اذا كان بالحجارة فهو استجمار .

32) بالاصل طمس . وما اثبتناه اقتضاه السياق كما في كتب الفقه . قال أبو عبيد : الحممة : الفحم .

33) روى أبو داود : « انه قدم وفد الجن على النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا محمد انه أمتك أن يستنجوا بعظم أو روثة أو حممة فان الله جعل لنا فيها رزقا ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

وتصح ازالة النجاسة بالاستنجاء وبالاستجمار لكن الأول أفضل .

وتجزىء ازالة النجاسة بغير نية لانها من باب التروك التي لا تفتقر الى نية لظهور علة الحكم في ذلك وهي النظافة (الفواكه الدواني، 128/1 ، 129) .

34) قال ابو هريرة : اتبعت الرسول صلى الله عليه وسلم وخرج لحاجته فقال : « ابغني احجارا استنفض بها ولا تأتني بعظم ولا روث) البخاري .

قال عبد الملك بن حبيب : فمن استنجى بما يكره له من ذلك أو بحجر واحد (35) أجزأه وقد اخطأ في ذلك .

محمد بن عبد الحكم : ان صلى بذلك الاستنجاء ، فصلاته باطلة .

[المتيمم ناسي الماء]

19 ـ واختلفوا في الرجل يصلي بتيمم ، ولا يذكر أن في رحله الماء (36) .

فقال ابن القاسم : انما عليه الاعادة في الوقت (37) .

وذكر عبد الله بن عبد الحكم عن مالك في المختصر الكبير : ومن تيمم ووجد الماء في رحله فلا اعادة عليه وان اعاد فحسن .

وذكر عبد الملك بن حبيب عن ابن الماجشون ومطرف واصبغ : انه يعيد ابدا .

[الوضوء من مس الفرج]

20 ـ واختلفوا في المراة تمس فرجها :

ـ ابن القاسم : لا وضوء عليها (38) .

ـ وذكر ابن حبيب في كتابه عن بعض اصحاب مالك ان عليها الوضوء .

---

35) اذا كان الاستنجاء بجامد كالحجر فيندب الوتر حيث انتقى المحل بالشفع والا فالانتقاء متعين ، وينتهي ندب الايتار للسبع فمن أنقى بسبع لا يطلب بتاسع (الشرح الصغير:97.96/1) قال عليه السلام « من أستجمر فليوتر » البخاري .

36) اذا تذكر وهو في الصلاة تبطل صلاته ان كان الوقت متسعا والا فلا تبطل (العزية : 114) .

37) هذا يتعلق بناسي الماء الذي معه اذا تذكره بعد الصلاة واعادته في الوقت على سبيل الندب لتقصيره في طلب الماء . اما الواجد لماء بعد الصلاة فلا يعيد (ن . م .) وانظر (المدونة : 43/1 . ط . 1 السعادة مصر) .

38) مس المراة فرجها لا ينقض الوضوء ألطفت ام لا . وقيل ينقض اذا ألطفت (اي أدخلت فيه اصبعها) أو قبضت عليه (العزية : 94) .

[حيض المبتدأة]

21 ـ واختلفوا في المراة ترى الدم اول ما تراه (39) فيتمادى بها :

ابن القاسم : تُمسك عن الصلاة خمسة عشر يوما (40) .

وروى علي بن زياد عن مالك : أنها تجلس قدر أيام لِداتها .

[حيض الحامل]

22 ـ واختلفوا في الحامل ترى الدم على حملها (41) .

ابن القاسم : ليس أول الحمل كآخره ، ان رأته في أوله أمسكت خمسة عشر يوما ، وان رأته في آخره أمسكت عشرين يوما (42) .

3 ـ ب | وقال المغيرة المخزومي وأشهب :/ الحامل وغير الحامل بمنزلة سواء (43) .

وروى علي بن زياد عن مالك : انها تجلس اقصى ما يكون الدم بالحوامل ، ولم يحد أياما .

---

39) الحائض اما ان تكون مبتدأة أو معتادة أو حاملا . والكلام هنا عن الأولى .

40) أكثر الحيض للمبتدأة إن استمر بها الدم خمسة عشر يوما وما زاد على ذلك فهو دم علة وفساد تصوم معه المرأة وتصلي وتوطأ (الشرح الصغير : 209/1) .

41) يذهب المالكية الى ان الحامل تحيض ، وعلى هذا فاذا رأت الحامل الدم ، فانها لا تصلي ولا تصوم ولا تدخل مسجدا ولا توطأ ، وبهذا افتى الشافعية .

قال احمد الصاوي « دلالة الحيض على براءة الرحم ظنية واكتفى بها الشارع رفقا بالنساء » (حاشية الصاوي: 209/1) .

42) قال مالك : « ليس أول الحمل كآخره » .

وقال ابن القاسم ان رأت الدم في ثلاثة اشهر او نحو ذلك تركت الصلاة خمسة عشر يوما أو نحو ذلك واذا جاوزت الستة اشهر من حملها ثم رأته تركت الصلاة ما بينها وبين العشرين يوما أو نحو ذلك (المدونة، 54/1 ، 55 ط . السعادة مصر) .

43) بالاصل : سوى .

وفيها قول رابع رواه مطرف عن مالك : ان رأته في أول الشهر امسكت أيام حيضتها وان رأته في الثاني أمسكت مثلَيْ ذلك ، وان رأته في الثالث امسكت ثلاثة امثال ذلك حتى تبلغ ستين يوما .

[تيمم المسافر فاقد الماء والمريض والخائف]

23 ـ واختلفوا في الوقت الذي يؤمر فيه المسافر الذي لا يجد الماء والمريض والخائف (44) بالتيمم :

ابن القاسم : يتيممون في وسط الوقت،الا ان يكون المسافر على يأس من الماء ، فيتيمم في أول الوقت (45) ، فان تيمموا وصلوا ثم وجدوا الماء ، لم يعد المسافر واعاد المريض والخائف ، لأن المسافر لم يكن واجدا للماء ، والمريض والخائف كانا واجدين للماء ، ولكن منعهما الخوف والمرض عن تناوله .

وذكر هذا الأصل ابن حبيب في كتابه ، فقال : اما المسافر فان كان عالما بالمكان يائسا من الماء تيمم في وسط الوقت ، وان كان عالما راجيا أو جاهلا بالمكان ، أخر التيمم الى آخر الوقت .

قال : وأما المريض فان كان مثل المجذوم والمحصوب ومن لا يستطيع ان يمسه الماء ، فانه يتيمم في أول الوقت ، وان كان على غير ذلك الا انه لا يجد من يناوله الماء ، فانه يؤخر التيمم الى آخر الوقت .

وقال ابن كنانة فيما ذكر عنه ابن عبدوس : انه ان لم يجد الماء فلا يتيمم الا في آخر الوقت .

---

44) الخائف من سباع أو لصوص أو نحو ذلك .

45) يقول مالك : لا يتيمم في أول الوقت مسافر ولا مريض ولا خائف الا ان يكون المسافر على إياس من الماء ، فاذا كان على اياس من الماء تيمم وصلى في أول الوقت وكان ذلك له جائزا ولا اعادة عليه وان قدر على الماء ، والمريض والخائف يتيمان في وسط الوقت .
وان وجد المريض أو الخائف الماء في ذلك الوقت فعليهما الوضوء والاعادة (المدونة 42/1 ط . السعادة مصر .)

ومذهب ابن القاسم: انه ان تيمم وهو يعلم انه يصل الى الماء في الوقت ، أن عليه الاعادة ما دام في الوقت .

وذكر ابن حبيب : أنه يعيد ابدا .

تم كتاب الوضوء

باب الصلاة (*)

[نية الإقامة في السفر]

24-أصل مذهب مالك بن أنس رحمه الله والرواة من أصحابه : أن حكم الاقامة للمسافر، يحدث نيته لذلك . والسفر لا يحدث حكمه بالنية ، دون الظعن .

[صلاة السفر]

25 ـ والسفر الذي تقصر فيه الصلاة ، هو السفر الذي يفطر فيه الصائم في رمضان (1) .

[عقد الركعة]

26 ـ والأصل في عقد الركعة في جميع المسائل رفع الرأس منها (2) ، الا اذا دخل في نافلة من فريضة ، فانه اذا اطمأن راكعا فقد بطلت فريضته ، وانعقدت ركعته .

وذكر محمد بن المواز: أن عقد الركعة رفع الرأس منها ،

وذكره عن اشهب بن عبد العزيز.

[تدارك الفرض في الصلاة]

27 ـ وكل من نسي من صلب صلاته شيئا ، فانه يتدارك ذلك بالاصلاح ما لم يعقد

*) الصلاة لغة : الدعاء ، وبهذا المعنى جاء قوله تعالى « وصلّ عليهم » التوبة 103 أي ادع لهم . وتطلق على القراءة كقوله تعالى « ولا تجهرْ بصلاتك » الاسراء 111 .

وشرعا : قال ابن عرفة : « قربة فعلية ذات إحرام وسلام أو سجود فقط . فيدخل سجود التلاوة وصلاة الجنازة (حاشية الصفتي : 75) .

1) وهو السفر الذي تكون مسافته أربعة بُرُد وهي تساوي ثمانية وأربعين ميلا .

روى ابن عباس ان النبيء صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقصر الصلاة في اقل من اربعة برد » الدارقطني .

والبريد اربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال والميل الفا ذراع (زروق على الرسالة1،240/1) .

2) يعني الرفع من ركوعها .

الركعة التي بعدها ، فان عقدها فقد بطلت الركعة التي نسي منها ما نسي (3) .

[سجود السهو]

28 ـ انظر : فكل سهو (4) دخل على المصلي من النقصان (5) فالسجود لذلك (6) قبل السلام .

وكل سهو دخل من الزيادة ، فالسجود له بعد السلام (7)

فان اجتمعا في صلاة فالسجود لذلك قبل السلام (8) .

ومذهب ابن القاسم : أنه اذا ترك سجود السهو الذي يجب عليه قبل السلام ناسيا ، فان كان السجود وجب على سهو كثير ، بطلت الصلاة ووجبت اعادتها ، وان كان عن سهو قليل فلا شيء عليه (9) .

---

3) من نسي ركنا من اركان الصلاة يجبره بالاتيان به ان لم يعقد الركعة الموالية ، فان عقدها أتى بركعة اخرى مكان الركعة التي ترك ركنا منها بحيث تصلح الأولى ما لم يعقد الثانية والثانية ما لم يعقد الثالثة والثالثة لم يعقد الرابعة .

ولم يشر المصنف الى ركنين لا يمكن استدراكهما بل يستأنف الصلاة من نسيهما وهما : النية وتكبيرة الاحرام (زروق على الرسالة : 206/1) .

4) السهو الذهول عن شيء سواء تقدمه ذكر ام لا .

5) يعني نقصان سنة مؤكدة فاكثر من سنن الصلاة او سنتين خفيفتين فأكثر ، والسنن المؤكدة هي : السورة ، السر والجهر في محلهما ، التسميع ، التشهد الأول ، الجلوس الأول ، التشهد الثاني ، الجلوس الثاني .

6) سجود السهو يكون بسجدتين يتشهد لهما ويسلم منهما ، وهو سنة مؤكدة ، وبه تجبر الصلاة .

قال القرافي : « ان التقرب الى الله بالصلاة المرقعة المجبورة اذا عرض فيها الشك أولى من الاعراض عن ترقيعها والشروع في غيرها . وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا صلاتين في يوم » (الجواهر الزكية : 115،114) .

7) أشار الى ان السجود البعدي يترتب عن الزيادة سهوا . اذا كثرت الزيادة حتى ادت الى تضعيف عدد الركعات بطلت الصلاة .

ويسجد بعد السلام أيضا من سلم من اثنتين في صلاة رباعية ثم تذكر واكمل ركعتين .

ومن تكلم سهوا كلاما يسيرا من غير ألفاظ الصلاة .

ومن شك في عدد الركعات ولم يكن مستنكحا فبنى على الأقل (الشرح الصغير : 379/1 ، 380) .

8) في ذلك تغليب للنقص على الزيادة .

9) مثال السهو القليل ترك التشهد ، انظر (المدونة؛137/1 . ط . 1 السعادة مصر) .

والذي تبطل به الصلاة ترك ثلاث سنن على المشهور .

ومن ترتب عليه سجود بعدي فانه يسجده متى ذكره ولو طال الوقت (الدر الثمين؛28/2) .

ابن الماجشون : يسجدهما ما دام على وضوء ، لأنهما ليستا من عمل الصلاة ، وانما هما ترغيم للشيطان ، فان انتقض وضوؤه ... هو القياس (10) .

وقوله : يعيد/إن انتقض وضوؤه نقض لأصله . [4 -]

[القيام في الصلاة]

29 ـ الأصل في القيام انه فرض في صلوات الفرائض (11) .

وفي النوافل ان شاء صلى قائما ، وان شاء صلى جالسا (12) .

قال ابن القاسم : وله ان يفتتح النافلة جالسا ثم يقوم قبل ان يركع وله ان يفتتحها قائما ثم يجلس .

أشهب : اذا بدأها قائما فليس له ان يخفف عن نفسه بالجلوس .

[الفاتحة في الصلاة]

30 ـ أصل مذهب مالك في قراءة أم القرآن في الصلاة : أن غيرها لا يجزىء منها (13) وتجزىء هي من غيرها .

[السورة في الصلاة]

31 ـ قال ابن القاسم : اذا ترك قراءة السورة (14) التي مع ام القرآن في صلاته كلها

---

10) بياض بالاصل بمقدار ثلاث كلمات .

11) القيام لتكبيرة الاحرام والقيام لقراءة الفاتحة فريضتان من فرائض الصلاة .

12) الامام لا يصلي جالسا حتى في النافلة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يؤم الرجل القوم جالسا » (المدونة : 81/1 ط . 1 السعادة مصر) .

قال ابن رشد : « ويؤم الجالس بعذر مثله اتفاقا » (الدر الثمين : 53/2) .

13) قراءة الفاتحة من اركان الصلاة بالنسبة للامام وللفذ ويمكن لمن لا يحسنها ان يصلي ماموما (العزية : 162) .

14) قراءة السورة من سنن الصلاة . ويقوم مقامها قراءة آية أو آيات ويندب اتمام قراءة السورة (ن ، م) .

عامدا فليستغفر الله ولا شيء عليه (15) ، وكذلك ان قرأها في الأربع عامدا .

[ادخال ما ليس من الصلاة في الصلاة]

32 ـ سحنون : سمعت علي بن زياد يقول : من ادخل في صلاته عامدا ما ليس منها بطلت عليه (16) .

[اعادة الصلاة مع جماعة]

33 ـ ومن صلى وحده ثم أعاد صلاته مع الامام : لم يقطع (17) لأن فريضته هي الأولى لا الثانية ، ولذلك لم يجز أن يؤم غيره في الصلاة التي صلى وحده .

كل الصلوات لا يكره للرجل اعادتها مع الامام اذا صلاها وحده الا المغرب فان اعادها أضاف اليها ركعة رابعة لأن الصلاة مثنى مثنى (18) .

وروى ابن وهب عن مالك : انه يعيد المغرب ثلاثا .

[قصر صلاة المسافر]

34 ـ وحد الاقامة للمسافر التي يصير بها الى اتمام الصلاة اربعة أيام .

سحنون : انظر : فان نوى إقامة عشرين صلاة أتم ، لا يبالي أي وقت نوى الاقامة من نهار أو ليل .

وكذلك ذكر محمد بن ابراهيم بن المواز في كتابه .

---

15) في حكم قراءة السورة تفصيل انظر (الدر الثمين : 182/1) .

16) يشير إلى مبطلات الصلاة التي منها تعمد النفخ وتعمد الكلام لغير اصلاح الصلاة . والقهقهة، و عمد شرب أو أكل (ن . م : 32/2 و 33) .

17) يشير ابن حارث بهذا القول بتفويض النية . وهو مشهور أربعة أقوال : نية الفرض . أو نية النفل . أو اكمال الفريضة (الدر الثمين : 52/2) .

18) انظر في موضوع اعادة الصلاة مع الامام (المدونة : 87/1 ط 1 . السعادة مصر) .

والوقت الذي يدخل به في حكم السفر هو اذا ظعن وجاوز بيوت القرية ، وكذلك حكمه في الدخول اذا خالط البيوت وجب عليه الاتمام (19) .

انظر : فكل سفر يجوز لصاحبه الخروج اليه . فهو كالذي أبيح له فيه الافطار والاقصار (20) .

وما لم يبح له الخروج فيه (21) فلا يجوز لصاحبه فيه فطر ولا تقصير (22) .

وحكم المسافر اذا دخل في صلاة المقيم وجب عليه الاتمام .

[صلاة المريض]

35 ـ جملة القول في صلاة المريض : يصلي كيف تيسر له (23) لا يكلف شيئا من المشقة (24) ولا سبيل الى تأخير الصلاة البتة (25) .

[سهو الامام]

36 ـ وكل ما وجب على الامام من سهو وجب مثله على المأموم (26) .

---

19) انظر (الشرح الصغير : 476/1) .

20) تقصر الصلاة ويرخص في الافطار لمن كان سفره جائزا مأذونا فيه شرعا وهذا يشمل السفر الواجب والمندوب والمباح (الشرح الصغير 474/1) .

وحكم القصر السنية على مشهور مذهب مالك كما قال عياض (ابن ناجي على الرسالة : 241/1)ه

21) مثل سفر قاطع الطريق والعاق .

22) لم يذكر المصنف اللاهي بسفره ، والقصر بالنسبة اليه مكروه (الشرح الصغير:477/1) .

23) اذا منع العجز أو المشقة مريضا من القيام استقلالا مثلا استند في صلاته لغير جنب أو حائض ، فان تعذر ذلك صلى جالسا استقلالا ان قدر والا فمستندا .

ويندب له ان يتربع للجلوس في الحالة التي يجب فيها القيام للقادر.

ومن لم يستطع الجلوس صلى بالايماء على شقه الايمن أو الأيسر أو على ظهره ورجلاه للقبلة (الشرح الصغير : 358/1 وما بعدها) .

24) يقول تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » البقرة 286 .

25) في ذلك اشارة الى عدم التهاون باداء الصلاة في أوقاتها قال تعالى « ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا » النساء 103 .

26) بخلاف ما إذا سها المأموم فترتب عليه سجود قبلي أو بعدي دون ان يسهو الامام فلا سجود على المأموم ما دام مقتديا بالامام ويحمل الامام عنه ذلك ،

اما المأموم المسبوق الذي سلم إمامه فقام هو لقضاء ما فاته فانه ان سها حينئذ فحكمه كالفذ (الدر الثمين : 19/2) .

[بطلان صلاة المأموم لبطلان صلاة الامام]

37 ـ وما دخل في صلاة الامام من فساد ادخله الامام على نفسه (27) فبطلت صلاته ، دخل مثله على المأموم ، وبطلت صلاته .

[بطلان صلاة الامام دون صلاة المأموم]

38 ـ وما لم يدخله الامام على نفسه من بطلان الصلاة ، فلا تبطل الصلاة على المأموم ، ويستخلف الامام ويخرج ، مثل ان يحدث مغلوبا ، او يذكر انه جنب أو على غير وضوء (28) .

[شروط الجمعة]

39 ـ وأصل القول في الجمعة؛إنها لا تلزم الا بمعان (29) :

ـ البلد .

ـ والاقامة (30) .

ـ والجماعة (31) .

ـ والوقت (32) .

ـ والخطبة (33) .

---

27) كأن يتعمد الحدث او القهقهة .

28) وكذلك الحكم لو طرأ عليه شك في دخوله الصلاة بوضوء أولا ولو تحقق الطهارة والحدث وشك في السابق منهما .

أما إن شك في انتقاض وضوئه فانه يتمادى ، ثم ان بان له الطهر لم يعد الصلاة والا اعادها الامام فقط .

واذا طرأ على الامام في الصلاة جنون أو اغماء فان المأمومين يستخلفون غيره ويواصلون الصلاة (الشرح الصغير: 466/1 ، 467) .

29) يعني بها بعض شروط الجمعة التي بتوفرها تجب صلاة الجمعة .

30) لا تجب الجمعة على المسافر الا اذا نوى اقامة اربعة أيام كاملة (العزية:196) .

31) اقلها اثنا عشر رجلا (ن ، م) .

32) وهو يبتدىء من الزوال (ن ، م)

33) للجمعة خطبتان قبل الصلاة لابد ان يحضرها الجماعة التي تنعقد بهم الجمعة (العزية:200/201) .

[السجود الكامل]

40 ـ وتمام السجود وكماله : أن يكون على الأنف والجبهة .

والذي لابد منه ان يكون على الجبهة .

والجبهة تجزئ من الأنف في السجود،والأنف لا يجزىء من الجبهة (34) .

[صلاة من حضر الجمعة ممن لم تجب عليه]

41 ـ وكل من لا تجب عليه الجمعة ، فاذا حضرها صار من أهلها .

[سجود التلاوة]

42 ـ الوقت الذي لا يسجد من قرأ السجدة هو الوقت الذي لا يصلّى فيه على الجنائز (35) .

[ذكر صلاة في صلاة]

43 ـ وكل من ذكر صلاة وهو في صلاة ، بطلت عليه الصلاة التي هو فيها (36) ، وكل صلاة هو في وقتها .

---

34) السجود على الأنف مستحب على الراجح (ن ، م؛163) . وانظر المدونة:71/1 .

35) قال ابن القاسم : (ان قرأها (آية السجدة) بعد العصر والشمس بيضاء نقية لم يدخلها صفرة رأيت ان يسجدها وان دخلتها صفرة لم ار ان يسجدها .

وان قرأها بعد الصبح ولم يسفر فأرى ان يسجدها . فان اسفر فلا أرى ان يسجدها . الا ترى ان الجنائز يصلى عليها ما لم تتغير الشمس وتسفر بعد صلاة الصبح وكذلك السجدة عندي (المدونة:110/1 . ط 1 . السعادة مصر) .

36) تبطل الصلاة التي يتذكر المصلي فيها صلاة حاضرة لم يفت وقتها لأن الترتيب بين الحاضرتين واجب مع الذكر والقدرة على جهة الشرطية (الفواكه الدواني:232/1) .

[الجمع في المطر]

[4 ـ ب] 44 ـ واختلفوا في الجمع بين المغرب والعشاء في المطر. فقال مالك/من رواية ابن القاسم : تؤخر المغرب قليلا ، وتقدم العشاء قليلا (37) .

قال محمد بن عبد الحكم : أخبرني أبي عن عبد الله بن وهب أنه جمع مالك المغرب والعشاء وقت المغرب .

محمد بن عبد الحكم : وبه أقول .

[الجمع بين الظهر والعصر]

45 ـ ابن القاسم : يجمع المريض بين الظهر والعصر في وسط وقت الظهر الا ان يخاف ان يغلب على عقله فليصلها عند الزوال (38) .

أشهب وسحنون : يصلي الظهر في آخر وقتها والعصر في أول وقتها .

ابن القاسم : ولا يجمع بين الظهر والعصر في حضر .

أشهب : لا بأس بذلك على ما جاء به الأثر (39) .

---

37) انظر (المدونة:115/1 . ط 1 . السعادة مصر) .
ويكون الجمع بين المغرب والعشاء في كل مسجد على الصفة المذكورة بسبب الطين والظلمة أيضا.ويراد بهذا الجمع الرفق بالناس . ويكون بتأخير المغرب قليلا .
وللجمع مواطن أخرى :
ـ في عرفات بين الظهر والعصر اثر الزوال .
ـ وفي المزدلفة بين المغرب والعشاء حين وصوله اليها .
ـ وفي السفر بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء . انظر تفصيل ذلك (الدار الثمين:195/1 وما بعدها) .
38) انظر (المدونة:116/1 . ط 1 . السعادة مصر) .
39) عن ابن عباس : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر،والمغرب والعشاء في غير سفر ولا خوف (ن . م : 116/1 ؛ الدر الثمين : 195/1) .

[فوات الركعة على المسبوق]

46 ـ ابن القاسم يقول : اذا رفع بعد ان ركع أو بعد ان سجد سجدة استأنف الركعة من أولها .

أشهب وعبد الملك مثله في الركعة الأولى قالا : فاذا عقدها بنى في الركعة الثانية على الركعة ان كان ركعها وعلى السجدة .

[من فاتته الجمعة لا يجمع]

47 ـ وروى ابن القاسم عن مالك : من فاتته الجمعة لم يجمع مع غيره (40) .

أشهب : يجمعون لفضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ .

[تذكر الامام صلاة نسيها]

48 ـ واختلفوا في الامام يذكر صلاة نسيها .

فقال ابن القاسم : تفسد عليه صلاته ، وعلى من خلفه (41) .

أشهب : يستخلف ولا تبطل .

---

40) يرى مالك ان من فاتتهم الجمعة لا يجمعون الظهر اربعا في مسجد غير مسجد الجماعة وانما يصلون أفذاذا (المدونة : 159/1) .

41) في هذه الحالة يقطع الامام صلاته ولا يستخلف ويقطع المأمومون الذين لا فائتة عليهم وهذا اذا لم يعقدوا ركعة .

فان عقدوها خرجوا عن شفع وجعلوا صلاتهم نافلة في غير المغرب وهذا ما ذهب اليه سند .

اما ابن فرحون فقال بالقطع ولو عقدوا ركعة .

وان لم يذكر الامام الصلاة الفائتة الا بعد الفراغ من الوقتية فانه يصلي الفائتة ويندب له وللمأمومين اعادة الصلاة الحاضرة (المعزية:144) .

باب الزكاة (*)

[نية القنية ونية التجارة]

49 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه:أن القنية (1) في الشيء المشترى يحدث حكمها بالنية فقط (2) ، وان التجارة في الشيء المقتنى لا تحدث بالنية ، ولا تكون الا بالفعل (3) .

---

*) الزكاة لغة:الزيادة والنماء والطهارة والصلاح يقال زكا فلان اذا صلح .
وشرعا : تطلق على الحصة المقدرة من المال المفروضة لمستحقيها وتطلق على نفس اخراج هذه الحصة (فقه الزكاة، 37/1 ، 38) .

1) هي تملك عروض تملكا شخصيا غير معدة للتجارة والنماء بل للاستعمال الشخصي .
وحكمها ان الزكاة لا تجب فيها لحديث سمرة بن جندب : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان نخرج الصدقة مما نعد للبيع » أبو داود والدارقطني .
ومثل عروض القنية أواني سلع التجارة والأثاث الثابت للمحلات التجارية فهي لا تزكى لانها ليست من رأس المال المتداول (ن : م:335/1 ، 336) .

2) تأخذ العروض المشتراة حكم القنية التي لا تزكى بمجرد نية المشتري القنية دون التجارة .
وكذلك تأخذ هذا الحكم اذا اشتراها بلا نية أصلا أو بنية الغلة فقط ، أو بنية الغلة والقنية معا . (الشرح الصغير 638/1) .

3) الأشياء المقتناة للبيع والشراء من أجل الربح تخرج عنها الزكاة ، على تفصيل سيذكره المصنف تخرج زكاتها من عوضها بعد بيعها سواء اشتريت بنية التجر أو نية الغلة الى ان تحين فرصة بيعها بربح أو نية القنية الى ان تباع (ن ، م : 637 ، 638) .
قال الباجي : « ما كان اصله القنية لم ينتقل الى التجارة الا بالنية والعمل ، والعمل المؤثر في ذلك الابتياع ، فمن اشترى عرضا ولم ينو به التجارة فهو على القنية حتى يوجد منه نية التجارة » . (المنتقى 120/2) .

[زكاة القراض]

50 ـ سحنون : انظر الى ما صار بيد العامل في القراض (4) من الربح اذا كان قد عمل به حولا أو أقل من حول وجعله تبعا لأصله ،

فان وجب في اصل المال زكاة زكى العامل (5) ،

وان لم يجب في الأصل زكاة لم يزك العامل ما بيده (6) .

وقد اضطرب كلام ابن القاسم في ذلك وتناقض .

[زكاة فائدة الذهب والفضة]

51 ـ والأصل في فائدة الذهب والورق أنه لا يجب فيها زكاة الا بعد الحول من يوم الاستفادة (7) ، كان عنده من قبل ذلك مال او لم يكن .

---

4) القراض لغة : المضاربة في الأرض . وسيأتي تعريفه الشرعي في بابه .
وشرعا : اعطاء مال لمن يتجر به بجزء من ربحه يتفق عليه ولا يكون القراض بلفظ الاجارة انظر (حدود ابن عرفة : 379) .

5) يزكي العامل حصته من الربح بعد النضوض والانفصال ، اذا كان أصل المال يجب فيه الزكاة وقد حال عليه الحول .

6) اذا توفرت الشروط التالية وجب على العامل اداء زكاة ربحه :
ـ أن يقيم القراض بيده حولا فاكثر ابتداء من يوم التجر .
ـ ان يكون رب المال والعامل حرين مسلمين .
ـ ان لا يكون عليهما دين .
ـ ان يبلغ رأس المال وربح صاحبه النصاب ، أو يبلغا النصاب بمال آخر يملكه رب المال ويكون مكملا للنصاب .
واذا لم تتوفر هذه الشروط فان العامل لا يزكي ربحه ولو بلغ النصاب بل يستقبل به سنة .
(الشرح الصغير: 645/1 ، 646) .

7) أشار هنا الى زكاة العين من ذهب وفضة ، والى احد شروط وجوبها وهو حولان الحول على امتلاك النصاب الذي هو عشرون دينارا في الذهب ومائتا درهم في الفضة .
روى علي عن النبيء صلى الله عليه وسلم انه قال : « اذا كانت لك مائتا درهم وحال عليها الحول ، ففيها خمسة دراهم وليس عليك شيء (يعني في الذهب) حتى يكون لك عشرون دينارا وحال عليها الحول ففيها نصف دينار» أبو داود .

[زكاة فائدة الماشية]

52 ـ وانما يراعى النصاب في الماشية :

فإنه ان أفاد ماشية وعنده نصاب ـ والنصاب منها ما تجب فيه الزكاة ، وما لا تجب فيه الزكاة ليس بنصاب (8) ـ فحكم الفائدة يجري على حكم النصاب . متى وجب في النصاب وجب في الفائدة (9) .

[تقدير الدينار بالدراهم]

53 ـ والأصل في الدراهم ان كل عشرة منها محسوبة بدينار في حكم الزكاة والجزية ،

وأما في حكم الديات وتقويم السرقة والربع الدينار الذي لا يكون الصداق اقل ، فان تقويمه اثنا عشر درهما بدينار .

[الاختلاط في الماشية]

54 ـ والاختلاط الذي يكون به أهل الماشية خلطاء (10) هو الاختلاط في الراعي والمسرح فقط (11). واما في غير ذلك فلا يراعى ولا ينظر اليه .

---

8) عرف المصنف مفهوم النصاب شرعا .

وانظر في نصاب اصناف الماشية كتاب عمر بن الخطاب في الصدقة وقد رواه مالك في موطئه (الزرقاني على موطأ الامام مالك : 336/2 . 337) .

9) يقول عبد الله بن أبي زيد : « حول نسل الانعام حول الامهات » .

وسر هذا الحكم ان الكل متفرع من أصل فيتبعه في الحول فهو ملك بملك الأصل (مسالك الدلالة : 123 ـ 124) .

10) يقول الباجي في تعريف الخلطاء : « اسم شرعي واقع على الرجلين والجماعة يكون لكل واحد منهما ماشية تجب فيها الزكاة فيجمعونها للرفق في الراعي وغير ذلك مما تحتاج اليه الماشية ولابد لها منه قلت او كثرت ، ويجزي منها الماشية جميعهم ما يجزى ماشية احدهم » .

وقد فرق مالك بين الخليط والشريك فالأول هو الذي يعرف ماشيته والثاني هو الذي لا يعرفها (المنتقى : 136/2) .

11) ورد في الموطأ قول مالك : « اذا كان الراعي واحدا والفحل واحدا والمراح واحدا والدلو واحدا فالرجلان خليطان » .

ويرى مالك ان ماشية الخليطين تصدق كأنها على ملك رجل واحد لما روى انس ان أبا بكر كتب له : « وما كان من خليطين فانما يتراجعان بينهما بالسوية » وذلك بان تؤخذ الصدقة من ماشية احدهما فيرجع على صاحبه بقدر ما ادى عنه من ذلك (ن م : 136/2) .

[زكاة الدين]

55 ـ والدين حكمه ان يسقط الزكاة عمن هو عليه في المال العين ، اذا لم يكن له مال سوى ذلك العين (12) .

فان كان له مال جعل دينه في ذلك المال وزكى العين (13) :

وأما الماشية والزرع والنخل فان الدين لا يحط زكاة شيء من ذلك .

[زكاة العروض]

56 ـ حكم العروض في باب الزكاة يتصرف على ثلاثة أوجه :

ـ فعرض يقوم اذا حال الحول ، وهو العرض الذي يكون للتجارة ويكون شأن صاحبه الادارة (14) .

ـ وعرض لا يزكيه ولا يقوّمه حتى يبيعه ، فاذا نض ثمنه زكاه حينئذ زكاة واحدة ولو أقام عند/بائعه أعواما ، وهو العرض المشترى للتجارة ، ولم يكن مالكه من اهل [5 ـ أ] الادارة (15) .

---

12) اذا كان لمدين مال يقابل دينه ، فلا زكاة عليه ولو كان ذلك المال نقدا .
يقول مالك في الموطأ « ان لم يكن عنده من العروض والنقد الا وفاء دينه فلا زكاة عليه حتى يكون عنده من الناض فضل عن دينه ما تجب فيه الزكاة فعليه ان يزكيه » (تنوير الحوالك 194/1 ط دار الفكر) .

13) يقول مالك في الموطأ : « الأمر عندنا في الرجل يكون عليه دين ، وعنده من العروض ما فيه وفاء لما عليه من الدين ويكون عنده من الناض سوى ذلك ما تجب فيه الزكاة فانه يزكي ما بيده من ناض تجب فيه الزكاة » يعني انه يجعل العروض في مقابلة الدين ويزكي العين . (الزرقاني على موطأ الامام مالك : 329/2 ، 330) .

14) الادارة : بيع العرض بالسعر الواقع كيف كان وتعويضه بغيره وهكذا . وهذا شأن ارباب الدكاكين والذين يطوفون بسلعهم ، ويسمون بالمديرين (الشرح الصغير 639/1) .

15) يسمى المالك لهذا العرض بالمحتكر ، وهو الذي يرصد الاسواق لبيع عروضه بثمن مرتفع (ن ، م : 639/1) .
وفي النوعين المذكورين من العروض يكون النصاب عشرين دينارا والقدر المخرج ربع العشر .

ـ وعرض لا يقوّمه ولا يزكي ثمنه اذا باعه ، ويستقبل بثمنه حولا،وهو العرض المقتنى والموروث (16) .

[الحول في زكاة المال]

57 ـ واذا كان لرجل مال لا تجب فيه الزكاة وحال عليه الحول : فمتى صار بربحه الى العدّةالتي تجب فيه الزكاة زكاه حينئذ وكان حوله من ذلك الوقت .

[زكاة نتاج الماشية]

58 ـ وحكم ما توالد من الغنم حكم ما ربح من المال سواء (17) ، فأجرها مجرى واحدا (18) .

[زكاة الديون في التجارة]

59 ـ وحكم الديون فيا يجب من زكاتها حكم العروض :

ان كان الدين من تجارة مدارة زكاهُ مع ماله .

---

16) تكلم في هذه المسألة عن مال هو ثمن لعوض باعه صاحبه .
وهذا المال اما ان يكون أصله عرض قنية ملك بمعاوضة فالمشهور زكاته لحول من أصله .
او يكون اصله ملك بغير معاوضة كالموروث او بمعارضة غير مالية كالمدفوع في خلع . وهذا فيه طريقتان :
الاولى للخمي تحكي قولين مشهورهما : استقبال الحول بهذا المال .
والثانية لابن حارث : يستقبل اتفاقا (حاشية الصاوي : 683/1) .
والملاحظ ان ابن حارث هنا لم يفرق بين ما كان اصله عرض قنية وما كان أصله ملكا بغير معاوضة وقال باستقبال الحول فيهما .

17) انظر الفقرة 52 أعلاه .

18) ربح المال يكون حوله حول أصله ، وفي الانعام يكون حول المتناسل حول الامهات ولو كانت الأخيرة دون النصاب .
ولا خلاف في المذهب ان اولاد الماشية تضم الى امهاتها .
(زروق وابن ناجي على الرسالة:326/1) وانظر (الزرقاني على الموطا : 349/2 وما بعدها) .

وان كان الدين من تجارة غير ادارة ، لم يزكه حتى يقبضه (19) .

وان كان الدين من غير مال التجارة ، لم يزكه حتى يقبضه ويحول عليه الحول بعد قبضه .

المغيرة : لا يزكى الدين .

سحنون : انما يزكى الدين مع مال التجارة اذا كان دينا مرجوا مأمونا ولم يتخلف بالطول والمماطلة .

وكذلك يقول ابن الماجشون في بعض سلع الادارة: اذا تخلف بعضها بالكساد والبوار لم يزكها ربها على حكم الادارة .

[زكاة الاجناس المتحدة]

60 ـ والأصل في مذهب مالك ان الذهب والفضة يضم كل واحد منهما الى الآخر ، والقمح والشعير والسلت يضم كل واحد منها الى صاحبه ، والقطاني يضم بعضها الى بعض (20) .

---

19) العروض التي تبقى عند التاجر المحتكر اعواما ، ليس عليه في اثمانها الا زكاة واحدة عندما يبيعها . وقد قاس مالك على ذلك الدين ـ الذي يقتضيه صاحبه بعد سنوات فقال انه لا تؤدى عنه الا زكاة واحدة ، والجامع بينهما عدم القدرة على النماء ، وقال مالك في تبرير هذا الحكم :

« ليس على صاحب الدين أو العرض أن يخرج زكاة ذلك الدين أو العرض من مال سواه وانما يخرج زكاة كل شيء منه ، ولا يخرج زكاة من شيء عن شيء غيره » .

وقال الزرقاني : « أما ان وجبت بقبض الدين أو ثمن العروض المحتكرة فله أن يخرج ما وجب عليه فيها من سواها ولا يتعين الاخراج منها ؛ كما له أن يخرج ذهبا عن فضة وعكسه) (الزرقاني على الموطا 330/2) .

20) متحد الجنس من الحبوب يضم بعضه الى بعض في الزكاة ولو وقع زرعه ببلدين مختلفين ، حيث زرع احد المتحدين في الجنس قبل ان تجب زكاة الآخر ، وبقي من الأول الى وجوبها في الثاني ما يكمل به النصاب مع الثاني (حاشية الصاوى : 614/1) .

والسر في اعتبار الاشياء المذكورة متحدة الجنس ان بعضها لا ينفك عن بعض في المنبت والمحصد ، وان منافعها متقاربة ومقاصدها متساوية (مسالك الدلالة : 120) .

[زكاة الحبوب والثمار]

61 ـ والزكاة في الحبوب والثمار العشر ان كان سقيه بالسماء أو الانهار العظام بلا كلفة أو كان بعلا .

وان كان انما يسقى بالمعالجة والنواضح وغيرها فنصف العشر (21) .

[زكاة المعادن]

62 ـ وحكم المعادن وما خرج منها : فلا زكاة فيه حتى تبلغ ما تجب فيه الزكاة فاذا بلغ ذلك زكاه ، ثم يزكي بعدُ ما خرج منه من قليل او كثير ، الا ان ينقطع ذلك النيل ويبتدىء بموضع آخر فيستأنف له الحكم (22) .

[زكاة الركاز]

63 ـ والركاز (23) هو دفن الجاهلية (24) : فيه الخمس والباقي لمن وجده .

---

21) قال عليه الصلاة والسلام : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريًا (اي يشرب بعروقه من ماء المطر) العشر . وفيما سقي بالنضح نصف العشر » مسلم .

والنضح : آلة السقي . والنواضح : الابل التي يستقى عليها ، واحدها ناضح (ابن الأثير . النهاية : 69/5) .

22) يرى مالك ان المعادن لا يؤخذ منها زكاة الا اذا بلغت قيمتها نصاب العين « وما زاد على ذلك أخذ بحساب ذلك ما دام في المعدن نيل » لانه بقية عرقه . « فاذا انقطع عرقه ثم جاء بعد ذلك نيل فهو مثل الأول يبتدأ فيه الزكاة كما ابتدئت في الأول » .

ويعتبر المعدن عند مالك بمنزلة الزرع في تزكيته مكانه دون انتظار حلول الحول عليه (الزرقاني على الموطإ : 319/2 ، 320) .

23) الركاز بكسر الراء وتخفيف الكاف وآخره زاي ، من الركز بفتح الراء ركزه ركزا : دفنه فهو مركوز .

24) يقول مالك : « ان الركاز انما هو دفن يوجد من دفن الجاهلية ، ما لم يطلب بمال ولم يتكلف فيه نفقة ولا كبير عمل ولا مؤونة) .

وبذلك فرق مالك في الحكم بين الركاز والمعدن : فالأول لا يستدعي جهدا ونفقة لاستخراجه وفيه الخمس ، والثاني يحتاج الى مؤونة لاستخراجه وقد تقدم حكمه . وما تطلب من الركاز عملا وكلفة اخذ حكم المعدن في الزكاة واخرج منه ربع العشر (الزرقاني على الموطإ 321/2 ، 322) .

والملاحظ ان ما وجد على وجه الأرض من مال جاهلي او بساحل البحر فهو من قبيل الركاز . ويخمس إن تحقق أنه مال جاهلي او شك في ذلك ولم تكن عليه علامة لأن الغالب ان المدفون من فعلهم .

وأما ما كانت عليه علامة الاسلام او الذمي فحكمه حكم اللقطة .

وذلك اذا وجد في القفار والمفاوز أو في بلاد لا أهل فيها ولا أهل لها .

وأما ما وجد منه في الأراضي المملوكة العامرة :

فان كانت أرض صلح فالركاز لأهل الأرض الذين صالحوا عليها ولا خمس فيه .

وان كانت ارض عنوة ففيه الخمس ، والأربعة الاخماس للذين افتتحوا البلد ، وذلك اذا كان ذهبا أو فضة .

فان كان عرضا فقد اختلف قول مالك :

فمرة قال : حكم العرض حكم العين ، واختاره ابن القاسم .

ومرة قال : ليس حكمه حكم العين ولا خمس فيه .

وقال ابن نافع (25) الركاز لمن وجده في أي مكان وجده ، وفيه الخمس .

[زكاة الفطر]

64 ـ والأصل في زكاة اسط (26) انها تجب على الرجل وعلى من تلزمه نفقته ممن في عياله .

وحد وجوبها عند ابن القاسم طلوع الفجر من يوم الفطر (27) .

وعند اشهب وابن الماجشون : غروب الشمس من آخر أيام رمضان .

---

25) وردت (وقال ابن نافع) مكررة .

26) زكاة الفطر واجبة لحديث ابن عمر : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان صاعا من تمر او صاعا من شعير على العبد والحر والذكر والانثى والصغير والكبير من المسلمين » احمد .

27) استحب الامام مالك اخراج زكاة الفطر قبل الغدو الى المصلى ، ولا يرى باسا ان تخرج قبل ذلك بيوم او يومين .

وقال مالك : « رأيت أهل العلم يستحبون ان يخرجوا صدقة الفطر اذا طلع الفجر من يوم الفطر قبل الغدو الى المصلى . وذلك واسع ان شاء ان يؤدي قبل الصلاة أو بعدها» (المدونة 110/2) .

باب الصوم (*)

[الصوم حِمًى]

65 ـ الأصل في فرض الصيام حمًى (1) لا يجوزه شيء من الأشياء ، وإن كان لا تغذية له ، وأن جوارحه ممنوعة من أسباب الشهوة ودواعي اللذة (2) .

[إفطار الناسي والمتأول]

66 ـ وكل من افطر في رمضان ناسيا (3) أو عامدا متأولا (4) فعليه القضاء

---

*) الصوم لغة : الامساك والكف عن الشيء . وبهذا المعنى ورد قوله تعالى : « اني نذرت للرحمان صوما » مريم 26 : وشرعا : الامساك عن شهوتي البطن والفرج وما يقوم مقامهما مخالفة للهوى في طاعة المولى في جميع اجزاء النهار بنية قبل افجر أو معه ان امكن فيا عدا زمن الحيض والنفاس ، وأيام الأعياد . قاله في الذخيرة نقلا عن (حاشية الصاوي على الشرح الصغير : 681/1) .

1) الحمى هو الشيء المحمي المحظور ، من اطلاق المصدر على اسم المفعول وقد روت عائشة رضي الله عنها ان النبيء صلى الله عليه وسلم قال « ... المعاصي حمى الله ، من يرتع حول الحمى يوشك ان يواقعه) البخاري .

2) أشار هذا الأصل الى ما يقتضيه فرض الصيام من امساك عن شهوتي البطن والفرج وهذا الامساك ركن في الصيام .

3) يذهب المالكية الى القول بالقضاء على من افطر ناسيا لان في النسيان نوعا من التفريط ولأن الامساك ـ وهو ركن الصوم ـ قد اختل . انظر الحديث الآتي في هامش الفقرة 67 أسفله .

4) اي تأويلا قريبا بالاعذار المقبولة شرعا .

والتأويل القريب يكون مستندا الى أمر موجود ، ومثاله : من أفطر ناسيا فظن بطلان صومه فأفطر متعمدا ، والمرأة ترى الطهر ليلا في رمضان فلا تغتسل وهي تظن أنه لا صوم لمن لم يغتسل ليلا فتأكل ، والرجل يعود من سفره ليلا فيظن انه لا صوم له الا أن يدخل نهارا فيفطر ، والراعي يرعى على مسيرة ثلاثة أيام فيظن أنه في سفر يبيح الفطر .

قال اللخمي : معروف المذهب ان حكم الجاهل كذي تأويل قريب ، فلو جامع حديث عهد بالاسلام لظنه قصر الصوم على منع الغذاء لعُذِر (التاج والأكليل · 433/2) .

فقط،حاشا المراة تقول : غدا يأتيني الدم فتبيت الفطر/وتصبح مفطرة (5) ، فعليها [5 ـ ب]
القضاء ـالكفارة (6) .

[وجوب قضاء الصوم]

67 ـ وكل صيام واجب مرض فيه صاحبه أو أفطر ناسيا (7) فعليه القضاء .

وكل صيام تطوع لم يكن أصله الفرض : فان افطر فيه على النسيان،أو مرض صاحبه فلا قضاء عليه (8) .

وان كان صياما منذورا في يوم بعينه فلا قضاء عليه فيه ايضا .

وان كان في يوم بغير عينه فعليه القضاء (9) .

---

5) التأويل هنا بعيد . وقد عرف ابن عبد السلام التأويل البعيد بانه ما كان مستندا الى سبب غير موجود ، ومثاله أيضا : من توقع ان تصيبه حمى فأفطر وهو قادر على الصوم .

6) عبر خليل عمن تجب عليهم الكفارة بقوله : « وكفّر إن تعمد بلا تأويل قريب ، وجهل في رمضان فقضى إجماعا » .

7) افطار الناسي بأكل اوشرب يوجب القضاء عند مالك قياسا على ناسي الصلاة الذي يجب عليه القضاء . أما جمهور الفقهاء فرأوا أن الصوم صحيح ولم يقولوا بالقضاء اعتمادا على حديث أبي هريرة « من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه » متفق عليه .

وحتى من افطر ناسيا بجماع فان عليه القضاء فقط عند مالك .

وخالفه ابن الماجشون وابن حنبل وأهل الظاهر فأوجبوا عليه القضاء والكفارة.ولم يوجب أبو حنيفة والشافعي عليه قضاء ولا كفارة (بداية المجتهد:209/1) .

8) افطار الناسي والمريض في التطوع لا يوجب قضاء .

ان افطر في تطوعه لعذر مرض أو حيض أو نسيان فلا قضاء عليه . وعلى الناسي الكف في بقية يومه عن الأكل والشرب والجماع (التاج والأكليل:440/2) .

9) ما ذكره ابن حارث من القضاء في المنذور في يوم بغير عينه هو مذهب ابن القاسم الذي يشبه هذا المنذور بالواجب .

وخالفه سحنون فقال : لا قضاء عليه لأن فيه شائبة التطوع (تقييد أبي الحسن على المدونة:210/1 أ مخطوط دار الكتب الوطنية بتونس 12096) .

[ارتفاع عذر الافطار نهارا] .

68 ـ والأصل ان كل من طلع عليه الفجر في رمضان وهو مفطر بالاباحة ثم انتقلت بهم الحال بعد ذلك في النهار الى غير ما كانوا عليه وقت الفجر مثل:الحائض تطهر ، والمسافر يقدم ، والمريض يُفيق ، والصبي يبلغ ، والمشرك يسلم ، فانهم يفطرون بقية يومهم ولا يمسكون عن الأكل والشرب (10) .

[وجوب الكفارة مع القضاء]

69 ـ وكل من قبّل أو باشر أو لمس أو تابع النظر متعمدا فأُنزل ، فعليه القضاء والكفارة (11) ، وهو كالواطىء والآكل متعمدا (12) .

وان لم ينْزِل فعليه القضاء إذا التذ .

وأشهب وابن وهب يقولان : لا شيء عليه الا أن يمذي فعليه القضاء .

---

10) هؤلاء الذين أصبحوا مفطرين لعذر شرعي لا يجب عليهم الصوم بقية اليوم اذا ارتفع العذر .

فالحائض لا يجب عليها ولا يصح منها صيام يوم لم تكن طاهرة كامله . يقول خليل « ووجب (الصوم) ان طهرت قبل الفجر وان لحظة » .

والمجنون اذا سلم بقية النهار لا يجب عليه الكف بقية اليوم على المشهور .

ومن قطع الصوم لمرض أو سفر لم تكفه النية السابقة،فلا يستطيع العودة الى الصيام الا بنية يبيتها من الليل (مرجع) .

(مواهب الجليل والتاج والاكليل : 421/2) .

11) تكلم ابن حارث هنا عن حكم من أفطر متعمدا بمقدمات الجماع ، وتفصيل الأقوال في المذهب فيمن انزل اثر المقدمات كما يلي :

ـ قول مالك في المدونة بالقضاء والكفارة مطلقا .

ـ قول اشهب بالقضاء فقط الا ان تابع .

ـ قول ابن القاسم في المدونة بالقضاء والكفارة الا ان انزل بعد نظر أو فكر غير مستدامين .

ـ اختيار ابن عبد السلام ان الانزال بعد ادامة النظر والفكر يوجب الكفارة على من كانت عادته الانزال من استدامة ذلك ولو في بعض الاحيان اما من لم تكن عادته ذلك وخالف عادته فانزل بعد الاستدامة فلا كفارة عليه (الشرح الصغير وحاشية الصاوى : 707/1 ، 708) .

12) هنا ترتبت الكفارة لظهور انتهاك حرمة الصوم .

قال ابن عرفة : « تجب الكفارة في افساد صوم رمضان انتهاكا له » .

[قضاء صوم المغمى عليه والمجنون]

70 ـ والأصل في المغمى عليه والمجنون:أن حكمهما حكم الحائض،يقضيان الصوم لا الصلاة (13) .

[الاعتكاف]

71 ـ وحكم الاعتكاف (14) انه لا يكون الا بصوم (15)،ولا يكون الا في مساجد الجماعات (16) والا يتصرف المعتكف فيما يتصرف فيه غيره:من عيادة المرضى ، وحضور الجنائز ، وطول المحادثة ، وما شاكل ذلك وأشباهه (17) .

---

13) ان عارض الأهلية عند الحائض والمغمى عليه والمجنون يسقط فرض الصلاة التي استمر العارض في وقتها ، ولا يسقط فرض الصيام اذ يجب القضاء عليهم بعد عودة اهلية التكليف .

14) الاعتكاف لغة : هو اللزوم والمكث مطلقا .

وشرعا : عرفه ابن الحاجب بقوله : هو لزوم المسلم المميز المسجد للعبادة صائما . كافًا عن الجماع ومقدماته يوما فما فوقه بنية

وهو من القُرب المرغب فيها . وقيل هو من الأمور الجائزة . وقيل سنة . وقيل هو في رمضان سنة وفي غيره جائز .

واخذ ابن رشد كراهته في غير رمضان من رواية ابن نافع (زروق وابن ناجي على الرسالة : 310/1) .

15) هذا هو المشهور في المذهب . وقال ابن لبابة ليس من شرطه الصوم (ن . م : 311/1) .

16) وخالف ابن لبابة ايضا فقال يصح في غير المسجد (ابن ناجي على الرسالة : 311/1) .

ولا يلزم الجامع الا لمن قصد اياما تاتي عليه فيها الجمعة فيلزم الجامع فان ابتداه في مسجد غيره خرج لها على المشهور ثم كمل فيه ولا يرجع للأول (زروق على الرسالة : 311/1) .

17) المقصود أن يكون اعتكافه متتابعا لانه العرف ولم يشترطه ابن عبد السلام (ن . م) .

وأقل ما هو واجب من الاعتكاف عشرة أيام . ومن نذر اعتكاف يوم فاكثر لزمه . وان نذر ليلة لزمه يوم وليلة . ومن افطر فيه متعمدا فليبتدىء اعتكافه . ولا يخرج الا لحاجة الانسان (ن . م : 312/1 وما بعدها) .

باب الحج (*)

[صيد المحرم]

72 ـ القول في المحرم (1)،إنه لا يجوز له أن يصيد صيدا (2) ما دام محرما،لا في الحرم ولا في غير الحرم (3) ، ولا ان يبتاعه مصيدا ، ولا يأمر به ، ولا يدل عليه ، ولا يشير به (4) .

فان أمر أو دل فقد أساء ولا كفارة عليه .

---

*) الحج لغة:القصد وهو الأصل . ثم تعورف استعماله في القصد الى مكة المشرفة للنسك .
وشرعا : قال ابن عرفة : « عبادة يلزمها الوقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحجة » .

1) المحْرِم هو الذي دخل في الحج بنية مع قول أو فعل متعلقين بالاحرام كالتلبية والتجرد .

2) ان الاحرام بحج أو عمرة يمنع المحرم من التعرض للحيوان البري (الشرح الصغير 98/2 ، 99) .

3) حدود الحرم هي التالية :

- من جهة المدينة التنعيم .
- من جهة العراق المقطع،وهو مكان على ثمانية اميال من مكة .
- ومن جهة عرفة ينتهي الحد لعرفة .
- ومن جهة الجعرانة ينتهي الى شعب آل عبد الله بن خالد على بعد تسعة أميال .
- ومن جهة جدة الى مكان يسمى أضاة

(حاشية الصاوى : 98/2 ، 99) .

4) وكذلك لا يجوز للمحرم ان يذبح صيدا صاده محرم آخر أو شخص حلال .
(حاشية الصفتي على الجواهر الزكية : 171) .

[لحم الصيد]

73 ـ ولا بأس ان يبتاع لحم الصيد ويأكله : فقد أكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده (5) ، وذلك اذا لم يُصَدْ له ولا من أجله .

فان كان كذلك فلا يأكله محرم ولا حلال .

فإن أكله المحرم الذي صِيدَ من أجله فعليه جزاؤه (6) .

وان أكله الحلال فلا شيء على المحرم الذي صِيد من أجله ، ولا على الحلال ، علما أمره أو جهلاه .

[جزاء الصيد]

74 ـ والوجه في حكم الحكمين (7) : أن يخير الصائد كما خيّره الله تعالى (8) : « هديا

---

5) عن أبي قتادة قال : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقاحة (مكان من المدينة على ثلاث مراحل) ومنا المحرم ومنا غير المحرم ، فرأيت اصحابي يتراءون شيئا ، فنظرت فاذا حمار وحش يعني وقع سوطه . فقالوا : لا نعينك عليه بشيء انا محرمون . فتناولته فأخذته ثم أتيت الحمار من وراء أكمة فعقرته فأتيت به أصحابي ، فقال بعضهم: كلوا وقال بعضهم : لا تأكلوا، فأتيت النبيء صلى الله عليه وسلم وهو أمامنا ، فسألته ، فقال: كلوه حلالا » . البخاري ـ باب (لا يعين المحرم الحلال في قتل الصيد) .

6) كذلك على من قتل شيئا من الصيد جزاءٌ مثلِ ما قتل . والمراد أن عليه ما قارب الصيد في قدره وصورته : فالنعامة مثلها بدنة، والبقرة الوحشية مثلها بقرة إنسية ، والضبي مثلها شاة انسية .

ويعتبر الصغير من الصيد كالكبير والمريض كالسليم والجميل كالوخش .

(حاشية الصفتي على الجواهر الزكية : 172) .

واعتبار المثلية يحكم به عدلان لقوله تعالى : « ... يحكم به ذوا عدل منكم » المائدة 95 .

7) هما اللذان يجتهدان فيما يجب في الصيد ، ولابد ان يكونا اثنين غير الصائد وان يكونا عدلين عالمين بالحكم في الصيد ، ولا تغني الفتوى عن حكمهما الذي يحتاج اليه لأن قيمة المثل قد تختلف بحيث يقرران ما يجب من حيوان في الصيد الذي لم يرد فيه شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن السلف كالدب والقرد ، ويقرران احوال ما عينه الشارع مثلا كالبدنة في صيد النعامة من سمن وسن وهزال (حاشية الصاوي: 117/2) .

8) الصائد مخير بين هدي يكون مثل الصيد المقتول أو قيمته طعاما من غالب طعام أهل البلد يقدم لكل مسكين مد أو عدل ذلك الطعام صياما بان يصوم لكل مد يوما ، وهو ما نصت عليه الآية .

ويبقى للصائد حرية الاختيار بين هذه الانواع لو قرر الحكمان مثل الصيد الواجب لما قتل ، فله ان يعدل عن هذا المثل الى الاطعام أو الصيام، على القول المعتمد الذي صرح به المصنف اعلاه (الشرح الصغير: 113/2 وما بعدها) .

بالغَ الكعبة أو كفارة طعامِ مساكين أو عدلُ ذلك صياما » (9) .

فان اختار الجزاء حَكَمًا من الهدي بما يريانه مثلا لما أصاب ، ما لم يقصر ذلك عن شاة مسنة ، فانها أدنى الهدي .
فان قصر عن ثمن شاة قوماه بالدراهم،وبالطعام أفضل . ثم عرّفا ما يشتري بتلك الدراهم من الطعام فأوجباه عليه .

وان اختارا أن يحكما بالطعام،أو لم يبلغ ثمن شاة ، فحكما فيه بالطعام فهو بالخيار : ان شاء صام عن كل مد يوما وان شاء أعطاه طعاما ، وان كان فيه نصف مد صام عنه يوما كاملا .
وان حكما بالهدي لم ينحره أو يذبحه الا بمكة ، ولم يكن عليه ان يوقفه بعرفات ويسوقه مقلدا (10) مشعرا (11) الى مكة .

[ما يجوز للمحرم قتله]

[6 ـ أ] 75 ـ وحكم المحرم ان يجتنب قتل الدواب كلها في الحرم ، وخشاش/الارض ، ما عدا الخمسة التي ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الفأرة،والعقرب،والغراب،والحدأة، والكلب العقور» (12) فما عدا هذه الخمسة من جميع ما يدب أو يطير سوى الأهلي المربوب ، فلا يحل قتله .

ويدخل في معنى العقرب : الحية والعُقُرُبَان (*) والأفعوان (**) .

---

9) المائدة : 95 .

10) تقليد الهدي : يكون بجعل قلادة بعنقه اشارة الى انه هدي . والتقليل سنة وبه يعين الهدي (ن . م : 122/2 . 123) .

11) اشعار الابل بشق سنامها وهو سنة أيضا . وتندب التسمية عند الاشعار (ن ، م) .

12) روى عن عائشة ام المؤمنين انها قالت :

« أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس فواسق في الحل والحرم : الغراب والحداة والعقرب والفارة والكلب العقور» البخاري ومسلم واحمد .

وفي أحاديث أخرى وردت أصناف أخرى من حيوانات ضارة يجوز قتلها ، انظرها في (مسالك الدلالة : 244) .

*) العُقُرُبان : دويبة تدخل الأذن ، وهي طويلة صفراء كثيرة القوائم (أقرب الموارد : عقرب) .

**) الأفعوان: ذكر الأفاعي . وقيل لا يختص بالذكر (اقرب الموارد : فعيّ) .

ويدخل في معنى الكلب العقور: الأسد والذئب والفهد والنمر.

وكره مالك ان يقتل المحرم الوزغ.

[الغسل في الحج]

76 ـ والغسل واجب (13) في الحج في ثلاثة مواضع.

ـ غُسل الإحرام (14).

ـ وغُسل دخول مكة (15).

ـ وغُسل الوقوف بعرفة (16).

[الخطب في الحج]

77 ـ وخطب الحج ثلاثة:

ـ خطبة قبل يوم التروية (17) بيوم بعد الظهر، يعلّم فيها الناس ما يصنعون من وقت خطبته الى وقت زوال الشمس من يوم عرفة.

---

13) الواجب في الحج على نوعين:

ـ واجب ركن لا ينجبر بدم ولا بغيره.

ـ واجب ليس بركن ينجبر بالدم.

ولا يعد الغسل من هذه الواجبات في المذهب، بل هو مستحب.

14) يروى عن عائشة رضي الله عنها «ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج الى مكة اغتسل حين يريد الاحرام» (الطبراني في الأوسط).

15) يندب الغسل لدخول مكة لغير المراة الحائض والنفساء، ويكون بالمكان المعروف بُطوَى، ويتدلك فيه على الراجح تدليكا خفيفا (الدردير على المختصر الخليلي: 288/1).

16) هذا الغسل للوقوف بعرفة مندوب حتى لحائض ونفساء، ووقته بعد الزوال، ويتدلك فيه على الراجح تدليكا خفيفا (ن، م، وكفاية الطالب: 474/1).

ويروى عن نافع «ان عبد الله بن عمر كان يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة» الموطأ: 474/1).

17) مشتق من الري لانهم كانوا يسقون فيه الماء ليوم عرفة وهو يوم الثامن من ذي الحجة (كفاية الطالب 472/1) وحاشية محمد الطالب بن الحاج على ميارة: 93/2). =

ـ ثم يخطبهم اذا زالت الشمس يوم عرفة قبل الظهر (18) . فيعلم الناس ما يصنعون من ذلك الوقت الى وقت زوال الشمس من يوم النحر الثاني .

فاذا زالت الشمس من يوم النحر الثاني خطبهم فيعلمهم ما بقي من تمام الفعل في الحج .

[مواطن الدعاء]

78 ـ وترفع الايدي الى الله عز وجل في سبعة مواطن :

افتتاح الصلاة ، وأول ما ينظر الى الكعبة (19) ، وعلى الصفا والمروة (20) ، وبعرفات وبجمع (21) ، وعند الجمرتين (21) .

= واليوم الذي قبل يوم التروية هو السابع من ذي الحجة ويسمى بيوم الزينة.وبعد ظهره يسمع الناس الخطبة المشار اليها اعلاه ، وتكون واحدة ولا يجلس الامام في وسطها،ويفتتحها بالتكبير ويختتمها به ان كان غير محرم والا افتتحها بالتلبية (المرشد المعين : 93/2) .

18) تكون هذه الخطبة بعرفة بعد الزوال في مسجد نمرة الواقع آخر الحرم وأول الحل . يخطب الامام خطبتين يجلس بينهما،ثم يصلي الظهر والعصر جمعا وقصرا (ن ، م:94،93/2 ؛ الشرح الصغير:54/2) .

19) قبلة المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها وتقع وسط المسجد الحرام . أخبار بنائها وعمارتها في كتاب (اخبار مكة لأبي الوليد الازرقي:31/1 وما بعدها ط . 3 دار الاندلس بيروت) .

20) الصفا ربوة من جبل أبي قبيس والمروة حجر من جبل قعيقعان يكون الواقف عليها بحذاء الركن العراقي الذي سترته الأبنية عن الرؤية (مسالك الممالك : 16) .

يرقى الحاج على ربوة الصفا حتى يحاذي الحجر الاسود ثم يكبر ويهلل ويدعو ويشرع في السعي بينها وبين المروة (كتاب المناسك : 305) .

جاء ذكرها في قوله تعالى : « أن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما » البقرة 157 .

21) هناك مواطن أخرى يستحب الدعاء بها منها :

ـ الملتزم وهو ما بين باب الكعبة والحجر الأسود يدعو عنده بعد الطواف

ـ المشعر الحرام في المزدلفة عند طلوع فجر العاشر من ذي الحجة .

انظر عن مكان عرفات وحدوده (كتاب المناسك للحربي : 508 وما بعدها)

انظر عن مكان الجمرتين (ن ، م : 475) . وجمع هي المزدلفة انظر عنها (ن ، م : 506 وما بعدها .

[الطواف في الحج]

79 ـ وطواف الحج ثلاثة :

ـ الطواف الواجب (22) المقرون به السعي (23) بين الصفا والمروة .

ـ وطواف الافاضة (24) وهو الذي يحل به للحاج النساء والطيب والصيد .

ـ وطواف الوداع عند الخروج (25). ويستحب (26) لكل خارج من مكة حاجا كان أو غير حاج .

---

22) هو طواف القدوم . ويكون واجبا بشروط ثلاثة :

ـ ان يكون احرام الحاج من الحل لا من الحرم .

ـ ان لا يراهق اي لا يضيق عليه الوقت ولا يخاف فوات عرفة .

ـ ان لا يردف الحج على العمرة في الحرم .

(الفواكه الدواني؛368/1،حاشية الصفتي:176) .

ولا يكون طواف القدوم واجبا على الحائض والنفساء والمجنون والمغمى عليه والناسي الا ان يزول مانع كل منهم ويتسع الوقت له (حاشية العدوى على كفاية الطالب؛465/1) .

23) السعي ركن من اركان الحج . ويقع بعد طواف تام صحيح ، فلو سعى من غير طواف لم يجزه.ويرخص للمراهق في تأخيره حتى يرجع من عرفة (اسهل المدارك:467،466/1) .

انظر شروط السعي وسننه ومستحباته في (كفاية الطالب:472،471/1) .

24) هو من اعظم اركان الحج . وهو آخر الاركان لمن قدم السعي قبل عرفة ووقته بعد فجر يوم النحر . وعلل القرافي كونه افضل اركان الحج ب[illegible] على صلاة وطهارة وبان [illegible] هو المقصود بالذات (الفواكه الدواني؛375/1؛ العزية؛260) .

25) يقول ابن رشد في انواع الطواف : « إن العلماء اجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع : طواف القدوم على مكة ، وطواف الافاضة بعد رمي جمرة العقبة يوم النحر ، وطواف الوداع .

وأجمعوا على أن الواجب منها الذي يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعني بقوله تعالى :

« ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق » الحج 29.وانه لا يجزىء عنه دم (بداية المجتهد : 273/1 » .

26) الدليل على استحبابه قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينفر احدكم حتى يكون آخر عهده بالبيت الطواف » (حاشية الصفتي : 183) .

قال عمر بن الخطاب : « لا يصدرن احد من الحاج حتى يطوف بالبيت فان آخر النسك الطواف بالبيت » (الموطا 336/1 . وقال ابن عباس : امر الناس ان يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن الحائض (البخاري) .

[الطهارة عند الطواف والسعي]

80 ـ والمستحب المرغوب الا يطوف بالبيت متنفلا غير الطواف الواجب ، ولا يسعى بين الصفا والمروة السعي الواجب الا على طهارة (27) .

فان سعى أو طاف غير متوضيء أجزأه وتوضأ وصلى الركعتين .

وان احدث فتوضأ : فان شاء اتم الطواف وان شاء لم يتمه كصلاة التطوع يحدث فيها ان شاء اعادها وان شاء لم يعد .

[ركوب الطائف والساعي]

81 ـ ومن ركب في الطواف الواجب او في السعي ، كان عليه الاعادة في القرب . فان تباعد لم تكن عليه الاعادة (28) وكان عليه الدم .

[القصر في الحج]

82 ـ وكلّ من حج فعليه أن يقصر الصلاة بمنى (29) ، كان من أهل الآفاق أو من أهل

---

27) من شروط الطواف طهارة الحدث والخبث . ومن احدث في اثناء الطواف تطهر وابتدا،ولا يبني ان كان لطواف واجبا لا تطوعا الا اذا تعمد الحدث (الصفتي : 176) .

أما في السعي فالطهارة مندوبة : فمن انتقض وضوءه أو تذكر حدثا استحب له ان يتوضأ ويبني ولا يكون الاشتغال بالوضوء مخلا بالموالاة الواجبة في السعي لأن أمره يسير ، ومن أتم سعيه وهو محدث أجزأه ... (حاشية الصاوي : 51/2) .

28) حكم المشي في الطواف انه سنة.وقيل انه واجب ينجبر بالدم.فالركوب حرام على ما قال الاجهوري وهو المعتمد . واذا كان الطائف راكبا أومحمولا لعذر ، اجزأه طوافه.واذا ركب لغير عذر فانه يطالب باعادة الطواف ماشيا ما دام بمكة ولو مع البعد الزمني ولا يجزئه دم .

وأما من ذهب الى بلده بعد ان طاف راكبا لغير عذر فانه يلزمه دم ، فلو رجع من بلده واعاد ماشيا فلا دم عليه (حاشية الصفتي : 177) .

29) بلدة على طريق مكة تبعد عنها بمسافة ثلاثة أميال وهي شعاب طولها نحو ميلين وعرضها يسير (مسالك المهالك : 16) .

يتوجه الناس الى منى يوم التروية (الثامن من ذي الحجة) ويدركون بها وقت الظهر المختار.والسنة ان يبتوا بها وان لا يغادروها الى عرفة الا بعد طلوع شمس يوم عرفة (التاسع من ذي الحجة) .

مكة ، إلا أن يكون من أهل منى أو عرفات ، فعليه اتمام الصلاة (30) .

[سقوط الجمعة في الحج]

83 ـ ولا جمعة يوم التروية بمنى،ولا يوم عرفة بعرفات،ولا يوم النحر،ولا أيام التشريق .

[حكم من صد عن الوقوف بعرفة]

84 ـ والأصل فيمن صد عن الوقوف مع الامام بعرفة بمرض أو خطإ في عدد أو ما شاكل ذلك من العوامل . فانه يقف من الليل اي وقت شاء . ما بينه وبين طلوع الفجر من ليلة المزدلفة فان وقف من الليل ولو ساعة ادرك الحج (31) .

[الدفع قبل الغروب]

85 ـ وكذلك من دفع (32) قبل غروب الشمس من عرفة . فعليه ان يعود الى عرفة قبل الفجر أية ساعة شاء (33) .

فان لم يفعل فقد بطل حجه ويحج قابلا ويهدي .

وان دفع بعد غروب الشمس ، فلا شيء عليه وقد أساء (34) .

---

30) تقصير الصلاة في منى وعرفة ومزدلفة سنة لجميع الحجيج.إلا ان أهل كل محل يتم في محله (الشرح الصغير: 57/2) .

31) هذا حكم من منعته بعض الاسباب من الوقوف بعرفة مع الامام ثم تمكن من الوقوف جزءا من ليلة عرفة . وسيأتي حكم من منع تماما من الوقوف بعرفة في أي جزء من الليل

32) أي مشى وسار الى المزدلفة (حاشية الصفتي : 180) .
والنزول بمزدلفة قدر حط الرحال واجب يلزم بتركه لغير عذر دم . اما المبيت بها الى الفجر فهو مستحب (ن ، م : 181) .

33) وذلك لأن الوقوف الركني بعرفة هو الوقوف في جزء من الليل.ومن مر بعرفة ليلا يجزئه ذلك بشرط ان يعلم بان هذا المحل عرفة،وان ينوي الحضور به.ولكن يلزمه دم لوجوب الطمأنينة بعرفة (ن ، م :180 ؛ الشرح الصغير : 287/1) .

34) يعني الدفع مباشرة عند الغروب ، ويكون بعده وبعد دفع الامام الى المزدلفة . ومن دفع قبل الامام بعد غروب الشمس أجزأه وترك الافضل (كفاية الطالب : 475/1) .

[التحلل من الاحرام]

86 ـ ومن رمى جمرة العقبة (35) ثم نحر أو ذبح،ثم حلق أو قصر (36) ، فقد حل له كل شيء غير النساء والطيب والصيد حتى يطوف طواف الافاضة (37) .

وان جهل جاهل فَوَاقَعَ النساء قبل الافاضة الى البيت بعد نحره وحلقه ورميه جمرة العقبة ، فحجه تام وعليه العمرة والهدي .

وان وَاقَعَ النساء ، يعني يوم النحر ، قبل رمي الجمرة وقبل الافاضة ؛ فحجه باطل ، وعليه الحج من قابل والهدي .

وان وَاقَعَ النساء بعد يوم النحر في أيام التشريق قبل رمي الجمرة ، وقبل الافاضة فحجه تام وعليه العمرة/والهدي . [6 ـ ب]

وقال ابن القاسم : عليه هدي آخر لتأخير رمي الجمرة .

---

35) رمي جمرة العقبة واجب ، ويكون بعد طلوع الفجر، ويستحب بعد طلوع الشمس. ويمتد وقت الرمي الى الغروب (حاشية الصاوي:58/2) .

وللرمي وقت اداء ووقت قضاء وشروط صحة وشروط كمال واحكام، انظرها في (كفاية الطالب:477/1، 478) .

ويندب التكبير مع رمي كل حصاة كما يندب تتابع الرمي (الشرح الصغير : 59/2) .

36) انظر احكام النحر والحلق والتقصير وترتيب فعلها مع طواف الافاضة في (الصاوي على الشرح الصغير : 59/2 ، العدوى على كفاية الطالب : 478/1) .

37) اذا طاف طواف الافاضة حل له النساء والطيب والصيد وهو التحلل الاكبر. والتحلل الذي قبله هو الأصغر.

وتقديم الرمي على طواف الافاضة واجب يجبر بدم ، اما تقديم النحر والحلق على الافاضة فمندوب (الشرح الصغير : 60/2 ، 61) .

اما ترتيب الرمي والنحر والحلق فجائز كما ورد في حديث عبد الله بن عمر : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف في حجة الوداع ، فجعلوا يسألونه فقال رجل : لم أشعر فحلقت قبل ان أذبح ، قال صلى الله عليه وسلم : اذبح ولا حرج ، فجاء آخر فقال : لم أشعر فنحرت قبل ان أرمي . قال صلى الله عليه وسلم : ارم ولا حرج . فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر الا قال : افعل ولا حرج (البخاري : 215/2 باب الفتيا على الدابة) .

وذكر خليل أن الطيب مكروه بعد رمي جمرة العقبة والتحلل الاصغر فقال : « حلا الا من نساء وصيد وكره الطيب » (الدردير على المختصر الخليلي : 286/1 ، 287) .

ولو أفاض ونسى رمي الجمرة ثم واقع النساء فحجه تام وعليه العمرة .

هذا اذا كانت المواقعة في يوم النحر ، فان كانت بعده فالهدي عليه خاصة .

ومن نحر أو ذبح قبل طلوع الفجر لم يجزه ، وان كان بعد الفجر وقبل طلوع الشمس أجزاه .

[الأيام المعلومات والأيام المعدودات]

87 ـ والأيام المعلومات التي ذكر الله عز وجل في كتابه (38) : يوم النحر ، ويومان بعده ، وهي أيام الذبح والنحر .

والأيام المعدودات (39): أيام منى الثلاثة بعد يوم النحر .

والسنة فيها : الاعلان بالتكبير والتهليل والذكر لله .

[المبيت بمنى]

88 ـ ولا رخصة لأحد من الحاج في البيتوتة عن منى (40) ، الا الرعاة للماشية فقط (41) .

---

38) قال الله تعالى « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير » الحج : 28 .

39) هي التي ذكرها الله تعالى في قوله : « واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى » البقرة : 203 .

40) المبيت بمنى واجب ، وعلى من تركه ولو لضرورة دم ، ويكون ثلاثا من الليالي لمن لم يتعجل وأما من تعجل فيبيت ليلتين « فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى » البقرة 203 .

ومن غربت عليه الشمس وهو بمنى ، لم يبح له أن يتعجل ، ولزمه المبيت،ورمي الثالث ، ومبيت ليلته (الدردير على المختصر : 294/1) .

ولابد ان يكون المبيت معظم الليل،وان يكون بمنى،لا بمن وراء العقبة التي ليست من منى ، بل هي حد منى من جهة مكة .

وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال : « لا يبيتن أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة » (الزرقاني على الموطا : 368/2) .

41) رخص لهم بعد رمي العقبة ان ينصرفوا ولا يبيتوا ليلة الحادي عشر والثاني عشر ، ويرمون في اليوم الثالث لليوم الثاني والثالث (الدردير على المختصر : 294/1،295) .

واذا رموا جمرة العقبة فلهم أن يؤخروا رمي اليوم الثاني الى يوم الثالث ، وذلك يوم النفر الأول يرمون اليوم الذي مضى ، ثم يرمون ليومهم . (42)

هكذا فسره مالك في الموطأ (43) .

[حكم المحصر]

89 ـ الأصل فيمن أحصر (44) دون مكة ، بمرض جسم ، أو شيء من اسباب المرض ، فانه لا يزال محرما ، ولو أقام أعواما ، يجتنب في ذلك ما يجتنب المحرم ، فاذا أفاق (45) اتى مكة ، ففعل ما يفعل (46) .

ثم يحل ويحج قابلا ويهدي هديا (47) .

هذا حكم المحصر بمرض ان شاء الله .

وأما الذي يحصره العدو . فانه حيثما كان حل ونحر وحلق ، وليس عليه أن يحل بعمرة

---

42) النفْر ـ بفتح النون واسكان الفاء ـ : الانصراف من منى .

43) روى مالك في الموطا أثرين في رخصة المبيت خارج منى للرعاة ثم قال : « تفسير الحديث الذي ارخص فيه رسول الله صلى عليه وسلم لرعاء الابل في تأخير رمي الجمار ـ فيما نرى والله اعلم ـ انهم يرمون يوم النحر ، فاذا مضى اليوم الذي يلي يوم النحر رموا من الغد ، وذلك يوم النفر الاول فيرمون لليوم الذي مضى ثم يرمون ليومهم ذلك لانه لا يقضي احد شيئا حتى يجب عليه ، فاذا وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك ، فان بدا لهم النفر فقد فرغوا ، وان اقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الآخر ونفروا » (الزرقاني على الموطا : 372،371/2) .

44) منع من الحج . قال تعالى : « وأتموا الحج والعمرة لله فان احصرتم ... » البقرة : 196 .

45) يريد : شُفِيَ .

46) يقوم بمناسك العمرة بنيتها ، فيطوف ويسعى ويحلق دون ان يجدد الاحرام لهذه العمرة ، بل يكفيه إحرامه الأول ، ثم يتحلل لهذه العمرة . وذلك على سبيل الندب (الشرح الصغير : 130/2 ، 131) .

47) حجه في قابل قضاء للحج الذي منع منه وهديه لفوات الحج الأول وحكمه الوجوب ولا يجزيه للفوات هديه السابق الذي ساقه في حجة الفوات (ن ، م : 131) . انظر البخاري . ابواب الاحصار في الحج : 10/2 ـ 12) .

يبلغ بها الى البيت ، ولا قضاء عليه ولا هدي . والحجة في ذلك فعل النبيء صلى الله عليه وسلم بالحديبية (48) .

واختلف في قضاء هذه الحجة ان كانت حجة الاسلام (49) .

فقال ابن القاسم : يقضيها .

وقال ابن الماجشون : تجزيه عن حجة الاسلام

وروي عن مالك : أنه استحب له ان يقضيها من غير أن يرى ذلك واجبا عليه .

[الصوم عند العجز عن الهدي]

90 ـ محمد : هدي التمتع (50) ، وهدي القران (51).والهدي الواجب من تقديم شيء أو تأخيره .

كل ذلك من عجز عنه صام عشرة أيام (52) ، ثلاثة في الحج آخرها يوم عرفة ،

---

48) قال عبد الله بن عمر : خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فحال كفار قريش دون البيت فنحر النبي صلى الله عليه وسلم هداياه وحلق وقصر أصحابه (البخاري : 163/2).
والحديبية : مكان خارج الحرم قرب مكة .

49) الحجة المفروضة ، وهي التي تجب مرة في العمر وما بعهدها من قبيل النفل .

50) التمتع : ان يهل الرجل بالعمرة في اشهر الحج من الميقات فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق ثم يحل بمكة وينشىء الحج في ذلك العام بعينه وهو المعني بقوله تعالى : « فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي » البقرة : 196 . انظر (بداية المجتهد : 264/1) .
ويجب الهدي على من احرم بنية التمتع .

51) القران : ان يهل بالنسكين (الحج والعمرة) معا وهو أفضل من التمتع بالعمرة على المشهور (الصفتي : 170) .
ويجب الهدي على من أحرم قارنا بالقياس على التمتع (الشرح الصغير : 119/2) .
وسيأتي وشيكا الكلام على أنواع الهدي ومما يكون .
وبالاضافة الى التمتع والقران في الاحرام هناك نوع ثالث وهو الافراد بأن يحرم بحج فقط.وهو أفضل هذه الأنواع لما في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع انما حج مفردا واتصل عمل الخلفاء والأئمة بذلك .

52) قال تعالى : « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واتقوا الله واعلموا ان الله شديد العقاب » البقرة : 196 .

فمن جهل أو نسي صام أيام منى الثلاثة بعد يوم النحر ، والسبعة الايام ان شاء تعجلها في طريقه ، وان شاء أخرها الى بلده ، وان شاء وصلها بالثلاث (53) . وان كان قد فرط في الثلاث حتى يصومها الى بلده .

والذي لابد منه ان تكون الثلاثة الأيام متتابعة والسبعة الأيام متتابعة ، فان شاء وصلها بالثلاث وان شاء فرق .

[الفدية وأنواعها]

91 ـ والفدية الواجبة على من اقترف في احرامه ما لا يجب ان يفعله هي ما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه في قوله : « ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » (54) .

الصيام : ثلاثة أيام .

والصدقة : اطعام ستة مساكين مدّين مدّين لكل مسكين .

والنسك : شاة يذبحها (55) لله عز وجل .

---

53) لكنها لا تصام الا بعد الرجوع من منى . ويندب للأفاقي تأخيرها حتى يرجع لأهله (الشرح الصغير : 124/2) .

54) نص الآية قوله تعالى : « فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » البقرة:196 .

وقد وردت السنة أيضا بالفدية :«فعن كعب بن عجرة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فاذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق رأسه وقال له : صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مدين لكل إنسان أو انسك بشاة ، أي ذلك فعلت أجزأ عنك » البخاري :13 .

وانظر (عوالي الامام مسلم : 135 وما بعدها) .

وتجب الفدية بالاجماع على من أماط الأذى من ضرورة .

وعند مالك تجب على من أماطه ولو من غير ضرورة .(بداية المجتهد 291/1) .

55) لا يختص ذبحها بمكان ولا زمان بخلاف الهدي فان محله منى أو مكة كما سيأتي (الشرح الصغير:93/2) .

[الهدي وانواعه]

92 ـ قال محمد : الهدي ما قلد وأشعر ووقف به بعرفة (56) ، أو نحر أو ذبح لله بمنى أو بمكة (57) .

والهدي يكون من الابل ، ويكون من البقر ، ويكون من الغنم .

والبدنة لا تكون الا من الابل خاصة ، وهي داخلة في الهدي .

والهدي هديان : هدي تطوع،وهدي واجب .

والهدي الواجب هديان : هدي النذر،وهدي جبران الحج .

[أكل صاحب الهدي من هديه]

93 ـ ومن الهدي ما يجوز لصاحبه ان يأكل منه ، ومنه ما لا يجوز له ان يأكل منه .

فهدي التطوع جائز له ان يأكل منه (58) وهي السنة وهي كالضحايا .

---

56) يقف به بعرفة صاحبه أو نائب صاحبه باذنه مدة من الزمن ليلة النحر . ولا يكفي وقوف التجار به جزءا من الليل للبيع إذا اشتراه منهم صبيحة عرفة.اما اذا اشتراه منهم بها وامرهم بالوقوف به ليلا بها فان ذلك يكفي لانهم حينئذ نائبون عنه . وهذا الوقوف هو احد شروط الذبح أو النحر بمنى .

وبقي شرطان ، هما :

- ان يكون الهدي مسوقا في إحرام حج ولو كان النقص في عمرة أو في تطوع .
- وان يكون الذبح في أيام منى .

(الفواكه الدواني : 383/1 ـ الشرح الصغير،120/2) .

57) يذبحه بمكة ان لم يوقفه بعرفة أو كان غير مسوق في احرام حج أو كان بعد أيام منى والأفضل من الأماكن بمكة المروة لقوله صلى الله عليه وسلم عند المروة « هذا المنحر وكل فجاج مكة وطرقها منحر » .

قال عبد الله بن ابي زيد مبينا محل تذكية الهدي : « يذبحه أو ينحره بمنى ان أوقفه بعرفة وان لم يوقفه بعرفة فلينحره بمكة بالمروة بعد ان يدخل به من الحل » . (الفواكه الدواني،383،382/1) .

58) لكن ان نواه للمساكين لم يجز له ان يأكل منه سواء بلغ محله أم لا (الشرح الصغير،126/2) .

[أ] وكل هدي وجب لفساد الحج (59) ، أو لنقصانه (60) ،/فان صاحبه يأكل منه حاشا هدي جزاء الصيد وهدي ما نذر صدقة للمساكين (61) ، إفصاحا باللفظ أو نية بالقلب .

وان قال : نذر فقط ، فانه يأكل منه .

وشاة الفدية ليست من الهدي وانما هي من النسك ولا يأكل منها لانها عِدّل الصدقة (62) .

ومن أكل شيئا لا يجوز له الأكل منه فعليه قيمته طعاما يتصدق به

وسنة هدي التطوع أنه إن عطب قبل بلوغه (63) لم يجز له ان يأكل منه (64) .

وسنته اذا عطب ان ينحر ويغمس قلائده في دمه ويخلي بين الناس وبينه ولا يأكل منه ولا يطعم ولا يوزع ولا يقسم ولا يأمر بشيء من ذلك ، فإن فعل ضمنه .

وأما الهدي الواجب إذا عطب فعليه بدله ، وله ان يأكل منه (65) .

---

59) يفسد الحج بالجماع ومقدماته وباستدعاء المنى ، وذلك ان وقع بعض هذه الأمور قبل التحلل الأصغر والتحلل الاكبر وقبل مضي يوم النحر ، ومع هذا يجب على من فسد حجه ان يتمه ان ادرك الوقوف بعرفة ، وان لم يدركه تحلل بعمرة ، كما يلزمه قضاء حجه،والهدي يكون في حجة القضاء (أسهل المدارك،507،506/1) .

60) مثل ترك التلبية أو ترك طواف القدوم أو عدم الوقوف بعرفة نهارا ، أو النزول بمزدلفة أو المبيت بمنى أيام النحر، او ترك الحلق .

61) لم يجز له الأكل من هذا الهدي لأنه معين للمساكين فلا يشاركهم فيه،ولأنه غير مضمون إذا ضل أو سرُق قبل المحِل اذ لا يلزم ربه بدله . (الشرح الصغير،126/2) .

62) هناك تعليل آخر لعدم جواز اكل صاحب الفدية من شاة الفدية وهو« إنها عوض عن الترفه ، فالجمع بين الأكل منها والترفه جمع بين العوض والمعوض » (حاشية الصاوي،126/2) .

63) اي قبل بلوغه المحِل .

64) لانه متهم على انه تسبب في عطبه ليأكل منه (الشرح الصغير،127/2)

65) وله ان يطعم منه القريب والغني .

وحكم رسول رب الهدي بالهدي كحكم ربه في جميع ما تقدم من الأكل وعدمه (ن ، م،128/2) .

باب الجنائز (*)

[الأحق بغسل الميت والصلاة عليه]

94 ـ قال محمد : الأصل في الزوجين:أن كل واحد منهما يغسّل صاحبه من غير ضرورة ، يُقضَى بذلك للزوج إن شاحّه أولياء المرأة ، ولا يُقضى بذلك للمرأة إن شاحها أولياء الزوج (1) .

والأولياء أحق بالصلاة على المرأة من الزوج .

والزوج أحق بادخالها في قبرها (2) .

[الصلاة على المقتول في حد أو قصاص أو حرابة]

95 ـ انظر: فكل من قتله الامام في حد أو قصاص ، فانه لا يصلي عليه الامام خاصة (3) .

---

*) الصلاة على الجنازة من الفروض الكفائية اذا اداها البعض سقطت عن الباقين.وهي تحتوي على اربع تكبيرات ، يرفع المصلي يديه في أولاهن وان رفع في كل تكبير فلا بأس ، ويدعو اثناء ذلك بما شاء.والأفضل أن يدعو بالمأثور.

1) اذا كانت المرأة مطلقة ، ولو طلاقا رجعيا ، فلا يحل لأحد الزوجين غسل الآخر (حاشية حجازي : 246/1) .

2) يقضى له بذلك . أما الزوجة فلا ، لأن شأن النساء عدم الصلاح لذلك (ن ، م) .

3) لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه (أبو داود) .

وان كان إنما حده الضرب خاصة فمات من أوجاعه فلا بأس ان يصلي عليه الامام .
ومن قتل في حرابة أو تلصص لم يصلِّ عليه الامام ، لأنه لو أتي به حيا لقتله .

[المسبوق في صلاة الجنازة]

96 ـ قال مالك : من فاته بعض التكبير في الجنازة لم يدخل بتكبير كالصلاة المكتوبة ، ولكن ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر بتكبيره .

قال أشهب:هو كالصلاة يدخل بتكبير (4) .

[الصلاة على قاتل نفسه وعلى ولد الزنى]

97 ـ ومن قولهم : إنه يصلى على قاتل نفسه ، وإثمه على نفسه (5) .
ويصلى على ولد الزنا ، لانه مولود على فطرة الاسلام .

[حكم الشهيد]

98 ـ ومن قتل في معترك الحرب النازلة بين المسلمين وعدوهم من الشرك فانه لا يغسل ، ولا يكفن ، ولا يصلى عليه ، الا ان يأكل ويشرب من بعد ذلك ، فانه يغسل ويكفن ويصلى عليه .

[غسل الميت في السفر]

99 ـ واذا مات رجلٌ في سفر ، وليس معه في سفره الا نساء من ذوات المحارم ، أوماتت المرأة وليس معها إلا ذوو المحارم من الرجال فانه يغسل النساءُ الرجلَ ، والرجلُ المرأةَ ، ويستر الميت منهما (6) .

---

4) ثم اذا سلم الامام تدارك المسبوق ما فاته من التكبير بدعاء قبل ان ترفع الجنازة . فان رفعت كبر من غير دعاء لئلا يكون مصليا على غائب (ن ، م:248/1) .

5) حكم قاتل نفسه حكم المسلمين ، وإن كان من أهل النار لكن ليس من المخلدين لكونه من أهل الايمان (بداية المجتهد : 246/1) .

6) تستر عورة الرجل ما بين السرة والركبة لان بقية جسده غير ممنوع رؤيته عليهن . وأما المرأة فيستر جميع بدنها ويغسلها محرمها من فوق الحائل ويصب الماء صبا ولا يباشر بيده جسدها من فوق الثوب ولا من تحته (الثمر الداني،344) .

قال أشهب : تُيَمَّمُ المرأة ولا يغسلها ذوو المحارم.وكذلك الرجل تيممه النساء من ذوات محارمه (7) .

[السلام من صلاة الجنازة]

100 ـ والسلام من صلاة الجنازة واحدة ، الامام ومن خلفه ، وليس تسليما كغيرها من الصلوات (8) .

[وقت الصلاة على الجنازة]

101 ـ ولا بأس أن يصلى على الجنائز بعد صلاة العصر ما لم تصفر الشمس الا ان يخاف عليها (9) .

---

7) يكون ذلك من فوق ثوب حائل أيضا (ن ، م) .

8) اي لا يسلم المأموم على الامام ولا على يساره ويسلم الامام تسليمة خفيفة يسمع فيها نفسه ومن يليه ، أما المأموم فيسمع نفسه فقط (ن ، م) .

9) أخرج مالك في الموطا عن عبد الله بن عمر أنه قال : « يصلى على الجنازة بعد العصر وبعد الصبح اذا صليتا لوقتها » (تنوير الحوالك:228/1) .

باب الجهاد (*)

[عقد الأمان]

102 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك : أن كل من عقد له المسلمون أمانا فانه لا ينحل له ذلك الأمان حتى يصير الى مأمنه ، وان عرض له عارض أخرجه الى بعض البلدان غير الذي كان به أمنه . [فهو في] (1) أمانه حتى يصل الى مأمنه (2) .

وكل من أمّن حربيا من المسلمين جاز تأمينه جوازا يحقن به دم الحربي ، حتى المرأة والعبد والصبي إذا عقل الأمان،إلا أن الامام بالخيار باجازة ذلك الأمان أو رد المؤمن إلى مأمنه (3) .

[أموال المسلمين الواقعة في الغنيمة]

103 ـ/وكل ما وقع في الغنائم من أموال المسلمين التي كان أهل الشرك قد أحرزوها .

---

*) الجهاد لغة : مصدر جهد في الأمر : جدّ وتعب .
وشرعا قال ابن عرفة « قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله ، أو حضوره له،أو دخو[ل أرض]ـه » [انـ]ـظر (الرصاع : 139 ؛ الشرح الصغير : 267/2) .

1) ما بين العاقفتين مطموس بالاصل ، وما أثبتناه مناسب لسياق الكلام .

2) يشير الى قوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » التوبة:6 .

3) لا خلاف في جواز تأمين الامام وأمير الجيش مطلقا ما لم يلحق بأمانه ضرر للمسلمين (زروق على الرسالة: 7/2) .

قال صلى الله عليه وسلم : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ويرد عليهم أقصاهم » البخاري وابن ماجه .

فان عرف صاحبه ، كان حاضرا أو غائبا،لم يقسم .

وإن لم يعلم قسم .
فإن أتى صاحبه كان أحق به بالثمن .

وكذلك ان دخل رجل من المسلمين اليهم بأمان ، فاشترى منهم من الأموال التي غنموها من أموال المسلمين ، ثم خرج (4) بها،فلا شيء لأربابها فيها،إلا أن يعطوا الثمن الذي اشتريت به .

وإن كان الداخل اليهم لم يشتر منهم ، ولكن وهبوه من أموال المسلمين ، فان أربابها يأخذون ذلك بلا ثمن؛إلا أن يكون قد كافأ على تلك الهبة ، فيكون كالشراء .

وان كان عبدا أو أمة فأعتق المشتري أو اتخذها أم ولد،فذلك فوت،ولا سبيل لربها الأول اليها .

قال اشهب : العتق باطل وصاحبه الأول احق بذلك بالثمن .

[ما وقع في الغنيمة من أموال الذميين]

104 ـ وان احرز المشركون شيئا من أهل ذمتنا ثم غنمناهم منهم ، كان حكمهم ان يردوا الى ذمتهم .

[إسلام المشرك الذي بيده ذميّ أو مال للمسلمين]

105 ـ وإن أسلم عليهم أهل الشرك كانوا عبيدا لهم (5) .

---

4) اختلف في شراء أموال المسلمين التي غنمها العدو.
قال ابن القاسم بكراهيته . وقال ابن المواز باستحبابه واختاره القاضي اسماعيل وضعف بأن فيه اغراء للحربيين بأخذ أموال المسلمين .
ورجح بعض الشيوخ الأول لاسيا اذا كانت الاسعار رخيصة فيكون تحصيل ذلك إلى أربابها أولى من تركها بيد العدو (ابن ناجي على الرسالة:11/2) .
5) هذا على رأي أشهب اما ابن القاسم فقال:هو حر (زروق على الرسالة:11/2) .

وكذلك إذا أسلموا على ما في أيديهم من أموالنا التي غنموها فهي لهم ولا تؤخذ منهم (6) .

[دخول الحربي أرض المسلمين بأمان]

106 ـ وكذلك ان دخل الينا حربي بأمان وفي يده بعض أموال المسلمين،فهي له ولا يعرض له فيها (7) .

وان باع ذلك من مسلم فهو للمشتري ، ولا شيء لربه فيه .

[فداء المسلم من دار الحرب]

107 ـ واذا فدى الرجل رجلا مسلما من دار الحرب،بأمره أو بغير أمره،اتبعه بما فداه به وان كره .

[قسمة الغنائم]

108 ـ والأصل في قسم الغنائم انه يضرب للفرس بسهمين ، ولفارسه بسهم واحد (8) . ولا يضرب بسهم لبعير ولا لبغل ولا لحمار (9) .

---

6) يشمل ذلك الرقيق اما لو اسلم وبيده مسلم اسير لم يصح ابقاؤه لديه (ن ، م) .

7) ان دخل الحربي بأمان وفي يده مسلمون قيل يجبر على بيعهم،وقيل يجبر على بيع النساء دون الرجال،وقيل لا يجبر على شيء (ن ، م) .

8) قال ابن وهب:للفرس سهم واحد ، وفاقا لأبي حنيفة بناء على ان الحيوان لا يكون أفضل من الآدمي وهو قول مردود بالسنة (زروق وابن ناجي على الرسالة2/10) .

روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما » .

وقال مالك : « يسلم للخيل والبراذين منها لقوله تعالى : « والخيل والبغال والحمير لتركبوها » (النحل : 8) . ولا يسهم لأكثر من فرس (البخاري : 37/4 باب سهم الفرس)

9) اختلف في البراذين (وهي الخيل العظام) فقيل يسهم لها كالخيل . وقيل يسهم لها ان وافق الامام . وقيل يشترط في ذلك ان تشبه الخيل في الكر والفر ومثلها الهجين (وهو ما أبوه عربي وأمه من البراذين (زروق وابن ناجي على الرسالة : 10/2) .

وان كان مع رجل فرسان لم يضرب له الا بسهم فرس واحد .

وسهم الفرس واجب وان لقوا العدو رجالا غير ركبان .

وما أصابه السرية الخارجة من الجيش دخل فيها جميع أهل الجيش .

والحد الذي به تدخل الحقوق في الغنائم ، فلا تُحوّل بزيادة ولا نقصان،هو لقاء العدو وحربه (10) .

فمن نفق (11) قبل ذلك فرسه فلا سهم له ، ومن نفق بعد ذلك فرسه لم يضره .

وكذلك من مات قبل ذلك فلا سهم لورثته .

ومن مات بعد ذلك فسهمه بين ورثته موروث .
هذا مذهب ابن القاسم (12) .

وأما عبد الملك فيجعل الحد في ذلك الإدراب (13)،فإن أدرب المسلمون ثبتت الحقوق في الغنائم عنده على نحو ما فسرت (14) .

والسهم واجب لكل حاضر من الرجال ، من قاتل منهم ومن لم يقاتل .

وأما الصبيان والنساء فلا سهم لهم،قاتلوا أو لم يقاتلوا (15) .

---

10) يسهم كذلك لمن تخلف عن القتال في شغل المسلمين .
وقد ذكر الفقهاء شروطا يستحق بها السهم،وهي:الحرية والاسلام والبلوغ والصحة وحضور الموقعة ولو لم يقاتل ونية الجهاد . (زروق على الرسالة:9/2) .
11) يقال : فرس نفق الجري أي قصير الغاية يجري قليلا ثم ينقطع عن جريه .
12) روى ابن حبيب عن أصحاب مالك ان مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال (ابن ناجي على الرسالة:9/2) .
13) الادراب هو:الدخول الى أرض العدو.
14) يكون ذلك الى قفول الجيش ولو مات المجاهد قبل لقاء العدو(ن ، م) .
15) اختلف في المراة والعبد والصبي المطيق والمجنون القادر والمريض والأعمى والمشوه والفرس المريض . انظر تفصيل ذلك في (الشرح الصغير : 298/2) .

وأما التجار والأجراء،فان قاتلوا أسهم لهم،وان لم يقاتلوا فلا يسهم لهم .

والضال في ارض العدو سهمه في الغنائم واجب .

والمراكب تخرج فيرد بعضها الريح ، وتنفذ الأخرى ، فتصيب الغنائم ، فسهم الراجعين قائم كسهم النافذين .

[ما ينتفع به من الغنائم دون اذن]

109 ـ وسنة الطعام ان يؤكل بغير اذن الامام.ومن حازه فهو أحق به (16) .

وكذلك الغنم والبقر ، وجميع ما ينتفع به مثل الجلود يعمل منها خفافا و نعالا وما أشبه ذلك .

وكذلك الدابة يركبها والثوب يلبسه والسلاح يقاتل به (17) .

وروى علي بن زياد وابن وهب عن مالك:أنه لا يركب دابة ولا يلبس ثوبا ، ولو جاز ذلك جاز له ان يأخذ دنانير فينتفع بها (18) .

[رد العلج الى مأمنه]

110 ـ وكل من ادعى علجا ظفر به في طريق من سبب يحقن به دمه،واشتبه في ذلك صدقه وكذبه،فإن حكمه أن يرد الى مأمنه ان لم يقبل قوله (19) .

---

16) قال مالك :« لا باس ان يأكل المسلمون اذا دخلوا ارض العدو من طعامهم ما وجدوا قبل القسمة وان يدخر الرجل من ذلك شيئا يرجع به الى اهله وينتفع به اذا كان يسيرا » (تنوير الحوالك : 9/2) .

17) هذا رأي ابن القاسم في المدونة . ورد بالاصل (بها) عوض (به) .

18) يرتفع هذا الخلاف في معمعة الحرب قاله ابن رشد . ونقل ابن عبد السلام عن بعض شيوخه ان التزام ذلك في حالة الضرورة ولا فرق بين اخذ هذه الاشياء عند الحاجة ولا بين اخذ ما يشتريها به . ومنهم من يرى الشراء زيادة تصرف على ما اذن فيه إذ لا يلزم من جواز التصرف في شيء ما على وجه ان يجوز على سائر الوجوه (ابن ناجي على الرسالة : 8/2) .

19) كتب عمر بن الخطاب الى عامل جيش ينهاه عن قتل العلج بعد ان يعطى له الأمان وقال : « إني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان واحد فعل ذلك الا ضربت عنقه » (تنوير الحوالك:7/2) .

باب النذور والأيمان (*)

[نذر الصدقة بشيء معين]

111 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أنه من نذر صدقة شيء بعينه من ماله ، فإنه يخرجه كله ، وان كان جل ماله أو أكثره .

وكذلك إن عدد أشياء بأعيانها /فإنه يخرجها جميعها ، وان كانت بجميع ماله . [8 ـ أ]

وان قصد الى ذكر المال جملة واحدة،فانما عليه إخراج ثلثه،كان ذلك في نذر أو يمين (1) .

[اليمين الموجبة للكفارة]

112 ـ ومن قولهم : ان الكفارة (2) لا تكون في شيء من الأيمان إلا في اليمين بالله أو بشيء من صفاته وأسمائه (3) .

---

*) الايمان جمع يمين،وهو ربط العقد بالامتناع والترك والاقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة او اعتقادا (زروق وابن ناجي على الرسالة : 14/2) .

عرف ابن رشد النذر اللازمة بقوله : « أن يوجب الرجل على نفسه فعل ما في فعله قربة لله تعالى وليس بواجب ، أو ترك ما في تركه قربة لله تعالى وليس بواجب (المقدمات : 307/1) .

1) ومن نذر صدقة مال غيره أو عتق عبد غيره لم يلزمه شيء ، الا ان يعلقه على ملكه فيلزمه متى ملكه .
ومن قال : ان فعلت كذا فعلي نذر كذا ، من افعال الخير لزمه (زروق وابن ناجي على الرسالة : 21/2) .

2) كفارة اليمين هي المبينة في قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام...» الآية ، المائدة : 89 .

3) قال صلى الله عليه وسلم : « ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » مالك في الموطا .
والحلف بغير الله محرم ، ومن حلف بما يعبد من دون الله فقد كفر (حاشية حجازي،368/1) .

وروى علي عن مالك:أن الحالف بالقرآن والمصحف لا حنث عليه .

وأما في غير ذلك من سائر خلقه فلا كفارة عليه (4) .

قال محمد : وجميع الأيمان ـ لا احاشي منها شيئا ـ معانيها محصورة في ثلاثة اوجه : نية الحالف . وبساط الكلام (5) . وظاهر القول .

فمن كانت؛له نية حمل على نيته ، فُديِّن.(6) ومن لم تكن له نية؛حمل على بساط كلامه .

ومن لم يكن لكلامه بساط؛حمل على ظاهر لفظه .

[اللغو في اليـمين والطلاق والعتاق]

113 ـ اللغو في مذهب مالك : ما حلف عليه الانسان وهو يرى أنه كذلك وأنه صادق فى حلفه،فإن تبين أنه على غير ذلك؛فلا حنث عليه (7) .

وحكم اللغو في يمين الطلاق والعتاق ساقط . وليس كحكمه فى اليمين بالله (8) .

[الاستثناء في اليمين والطلاق والعتاق]

114 ـ والاستثناء مزيل للأيمان اذا أراد بالاستثناء إسقاط الكفارة (9) وعرف وجه ذلك .

---

4) يؤدب من حلف بطلاق أو عتاق لتشبهه بالفساق . وهذه اليمين مكروهة وتلزم صاحبها (زروق وابن ناجي على الرسالة : 15/2) .

5) هو الباعثعلى الحلف (أسهل المدارك : 23/2) .

6) يريد . كما يقال : ترك لدينه .

7) لقوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم » الآية السابقة .

8) يحصل الطلاق والعتق ان أراد العتق،وان اراد التحريم من غير عتق لم يلزمه شيء (قوانين الاحـكام : 118) .

9) يشترط في الاستثناء ثلاثة شروط : النطق باللسان ـ الاتصال باليمين ـ قصد حل اليمين (ن . م : 123) .

وان كان انما أراد به تحقيق الفعل وتأكيد الحلف ؛ فلا حكم للاستثناء حينئذ في إزالة الكفارة (10) .

والاستثناء لا يزيل حكم الطلاق والعتاق .

هذا جملة مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك .

وقال ابن الماجشون : إن أوقع الاستثناء على الطلاق لزم الطلاق ، وإن أوقعه على الفعل لم يلزم الطلاق .

[البر في الايمان والحنث فيها]

115 ـ واصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أن البر (11) في الأيمان لا يقع إلا بكمال الفعل وتمامه . وأن الحنث (12) يقع ببعض الفعل .

مثل الرجل يحلف : لا أكلم فلانا وفلانا ، فيكلم أحدهما فانه يحنث ، وان حلف : ليكلمن فلانا وفلانا ، فلا يبر إلا بتكليمهما جميعا .

الا ابن كنانة لخص في هذا الأصل شيئا،ذكر بانه إذا كان بساط الكلام على أنه كره استيعاب جميع الفعل وأجاب إلى البعض فلم يرض منه إلا بالجميع فحلف على ذلك ثم فعل البعض ؛ فهذا لا حنث عليه بهذه الشريطة .

[تكرار اليمين بالله واليمين بالطلاق]

116 ـ وكل من كرر يمينه بالله نسقا ثم حنث،فإنما عليه كفارة واحدة،إلا أن ينوي كفارتين (13) .

وأيمان الطلاق بضد هذا الحكم .

---

10) ومثله لو قصد التفويض الى الله أو التأدب والتبرك (ن ، م) .

11) البر:هو الموافقة لما حلف عليه .

12) والحنث هو:مخالفة ما حلف عليه من نفي أو اثبات (قوانين الاحكام : 118) .

13) وكذلك إن اتى بصيغة تقتضي التكرار كقوله : كلما ومتى وشبههما (ن م) .

ومن كرر يمينه بالطلاق ثم حنث؛وجبت عليه تطليقتان ، إلا أن ينوي واحدة .

[النية والثنيا في اليمين]

117 ـ وأصل مذهبهم : أن النية يجب حكمها ، وينتفع بها صاحبها وإن لم يفصح بها . وأن الثنيا لا ينتفع بها صاحبها إلا أن يفصح بها . وينطق بها لسانه . مثل أن يحلف : لا كلمت فلانا . وينوي شهرا . فله نيته . إلا أن تكون يمينه بطلاق أو عتاق . ويرفع الى السلطان : فلا يقبل قوله في ادعاء النية .

[الاستثناء الذي لا ينفع]

118 ـ وبيان الاستثناء الذي لا ينفع إلا بالنطق به مثل أن يحلف : لاكلمت قرشيا ، ويستثني فلانا منهم ، فان نطق به فله ثنياه ، وان لم ينطق به؛فلا ينفعه ، هذا إذا كان حالفا من عند نفسه .

وأما إن كان محلَّفا ؛ فلا نية له ولا استثناء،الا أن يحرك به لسانه .

هكذا قال مالك

قال سحنون : لا ينفعه ، وإن حرك لسانه ، لأن اليمين للمحلوف له على ما أظهره .

[الحلف على الاسم العام]

119 ـ قال محمد : والأصل في الحالف على الاسم العام:ألاّ يفعل منه فعلا ثم يفعل منه اسما مختصا ؛ فانه يحنث .

كالحالف : لا آكل لحم الدجاج ، فأكل من لحم الديكة ، ولا آكل البيض ، فأكل بيض الحيتان أو غيره من سائر البيض .

[الحلف على الاسم المختص]

120 ـ فإن حلف على الاسم المختص فواقع الاسم العام ؛ لم يحنث ، كالحالف : لا آكل لحم الحيتان/فأكل من لحوم الأنعام . [٨ـب]

أو حلف : لا يأكل لحوم الديكة ، فأكل من لحوم الدجاج .

[الحلف على وجه الكراهية]

121 ـ وكل من حلف على رجل : ألا يقبل منه صلة،أو لا يركب له دابة .

فان كان ذلك على وجه الكراهية لِمنّه؛فإنه إن انتفع به في شيء من ضروب المنافع غير الشيء الذي نص منه بيمينه،فإنه حانث .

[الحنث يوجب الكفارة]

122 ـ وكل حانث في يمين،فإنه يؤمر بالكفارة ، أو بما يجب عليه في ذلك،إن كان ليمينه مخرج غير الكفارة من غير أن يقضي عليه السلطان بتنفيذ ذلك ، حاشى الطلاق والعتاق فإن السلطان يقضي عليه بذلك .

باب ما يحل ويحرم من الطعام

[لحوم الطير والسباع والهر والكلب]

123 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك:انه لا يكره أكل شيء من الطير. وكان لا يرى أكل شيء من السباع ، ولا الهر، ولا الكلب ، ولا ما أشبهها (1) .

[جنين الشاة]

124 ـ وحكم جنين الشاة حكم أمه في الذكاة ، وان لم يذك ، إذا تم خلقه ونبت شعره ، فإن لم ينبت شعره فهو غير تام الخلق (2) .

وإن خرج الجنين وفيه الحياة المجتمعة التي يمكن أن يعيش بمثلها؛فلا يحل أكله إلا بذكاته .

وان كانت الحياة الضعيفة التي لا يشك أنه لا يعيش بها ، فهو ذكيٌّ بذكاة أمه ، واستحب أن يذكى .

---

1) قسم الفقهاء المطعومات الى قسمين : جماد ، ويشمل النبات ؛ وحيوان . فاما الجماد فهو حلال كله ما عدا النجاسات أو ما خالطته نجاسة والمسكرات والمضرات كالسموم .

واختلف في الطين فقيل مكروه وقيل حرام .

أما الحيوان فمنه ما يحرم لذاته ومنه ما يحرم لسبب كالمنخنقة ونحوها .

وفي رواية العراقيين انه يؤكل جميع الحيوان من الفيل الى النملة والدود الا الآدمي والخنزير .

انظر تفصيل ذلك في (قوانين الاحكام : 192) .

2) يعتبر الجنين تام الخلقة ولو كان ناقص يد أو رجل خلقة . ويعتبر الشعر غير المتكامل،ولا يكفي شعر رأسه أو عينيه . وكذا البيض يعتبر طاهرا يؤكل إن خرج بعد ذكاة أمه بخلاف لو ماتت بلا ذكاة (الشرح الصغير : 177/2) .

[لا رخصة للظالم في أكل المحرَّم]

125 ـ وكل خارج من بيته ظالما للمسلمين متعديا عليهم ، فلا يحل له عند الاضرار أن يأكل الميتة ولا الخنزير .

[المضطر لا يشرب الخمر]

126 ـ وكل من أبيح له الخنزير والميتة بالاضرار ، فلا يحل له في ذلك الحين شرب الخمر ، لأن الله عز وجل لم ينص ذكرها فيما نص إباحته (3) .

[الانتفاع بما وقعت فيه فأرة]

127 ـ وكل زيت أو سمن وقعت فيه فأرة ، فان كان جامدا ،ألقيت الفأرة وما حولها وطاب سائر ذلك ، الا أن يعلم أو يظن أن الجمد إنما دخل في السمن والزيت بعد سقوط الفأرة فيه ، فحكمه حكم الذائب أن يلقى جميعه (4) .

وقد اختلف بالانتفاع به إذا حرم أكله .

فقال ابن الماجشون : لا ينتفع به للاستصباح ولا لغيره .

وقال ابن حبيب : لا بأس أن يستصبح بها أو يتخذا صابونا (5) .

[حكم الذبيحة التي لم يسم عليها]

128 ـ قال محمد : واختلفوا في الذبيحة التي لا يسمى الله عليها عمدا :

---

3) لا تحل الخمر الا لإزالة الغصة ولا تباح لجوع أو عطش لانها لا تدفعهما . قال خليل « وخمر تعين لغصة » (ن ، م : 167/2) .

4) قال سحنون : اذا طال مقامها فيه . فانه يطرح كله لانه يظن السريان بجميعه قال خليل : « وينجس كثير طعام مائع بنجس قل كجامد إن أمكن السريان وإلا فبحسبه » (الفواكه الدواني : 403/1) .

5) لا يستصبح بالزيت النجس الذائب وشبهه في المساجد لأنه ينعكس الدخان فيها . ويجب على المستصبح أن يحترز منه لأنه نجس . وكذلك لا يبنى بمونة عجنت بزيت متنجس ولا بطوب متنجس لأن المساجد يجب تنزيهها عن النجاسات (ن . م : 402) .

فقال مالك : لا تؤكل (6) .

قال اشهب : إن كان إنما تركها استخفافا؛لم تؤكل ، وإن كان متأولا؛فلا بأس ان تؤكل (7) .

[حكم الشراب المخلوط]

129 ـ قال محمد : والأصل في الشراب المتخذ من خليطين : أن ينظر في كل خليط على انفراده؛فإن قام من كل واحد نبيذ؛فلا يحل أن يخلطا ويتخذ منهما جميعا شراب ، وان لم يكن كذلك؛فليسا بخليطين (8) .

وقد حكى محمد بن المواز عن ابن القاسم رخصة في النبيذ يجعل فيه الدقيق ليشده أو يعجله (9) .

وحكى ابن القاسم عن مالك فيه اختلاف قول .

وقال أصبغ بخلاف ابن القاسم في ذلك .

[صيد الكلب غير المعلَّم]

130 ـ ولا يجوز صيد الكلب الذي هو غير معلم (10) .

---

6) أخرج مالك فى الموطا عن عروة انه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل له : يا رسول الله إن ناسا من أهل البادية يأتونا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سموا الله عليها ثم كلوا » قال مالك : وذلك في أول الاسلام .

7) من ترك التسمية ناسيا تؤكل ذبيحته . وكذلك العاجز عنها كالاخرس .

وذهب ابن رشد الى ان التسمية ليست بشرط صحة . وانما المعتبر النية والقصد للذكاة (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 171/2 ؛ قوانين الاحكام : 136) .

8) كره شراب خليطين كزبيب وتمر أو نحو ذلك . وسواء خلطا عند الانتباذ أو عند الشرب إن أمكن الاسكار بأن طال زمن النبذ كاليوم والليلة فأعلى لأن قرب الزمن مباح . أما إن دخله الاسكار ولو ظنا فحرام نجس . والظاهر انه نهي تعبدي لا لعلة . وعلل بعضهم باحتمال الاسكار بالمخالطة (ن . م : 187/2) .

9) تجعله عجاليل أي قطعا طوالا بغلظ الكف وطولها (أقرب الموارد : عجل) .

10) والكلب المعلَّم : هو الذي اذا ارسل أطاع واذا زجر انزجر (الفواكه الدواني : 405/1) .

قال عليه الصلاة والسلام : « إذا أرسلتَ كلبك المعلَّم وذكرتَ اسم الله فكُلْ ما أمسك عليك » البخاري

[ذبيحة الصبي والمرأة]

131 ـ ولا بأس بذبيحة الصبي والمرأة .

[ما تنفع فيه الذكاة وما لا تنفع]

132 ـ وكل شاة وقعت للموت ، فان كانت قد صارت الى الحال التي لا ترجى معها ، فلا تذكى ، وإن ذُكِّيت : لم تحل .

وان كانت حالتها مرجوة غير ميؤوس منها فلا : بأس ان تذكى وتؤكل (11).

[الذكاة الشرعية]

133 ـ ولا تحل الذبيحة الا بقطع الحلقوم والودجين جميعا .

---

11) روي ان جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما لها فاصيبت شاة منها فذبحتها بحجر . فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « لا بأس بها فكلوها » مالك في الموطأ . انظر (الشرح الصغير : 174/2)

باب ما يحل ويحرم من البيوع (*)

[البيوع الجائزة]

134 ـ قال محمد : البيوع الجائزة منقسمة على ثلاثة أوجه :

ـ عين حاضرة مرئية ،

ـ وعين غائبة موصوفة ،

ـ وصفة مضمونة في ذمة ،

9 ـ أ] وما سوى ذلك فلا يجزىء/به التعامل ، وإن جرى لم يجز . .

[بيع الغائب]

135 ـ وحكم الشيء الغائب (1) منقسم على وجهين :

---

*) البيع لغة : مصدر باع الشيء : أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض ، فهو من أسماء الأضداد .
وشرعا : قال ابن عرفة « عقد معاوضة على غير منافع ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه (الرصاع على حدود ابن عرفة) .

1) بيع الشيء الغائب جائز بصفة استثنائية في حالات الضرورة لأن النظر الى البيع عند العقد أبلغ في تحصيل المعرفة من الصفة. قد قال عليه الصلاة والسلام : « ليس الخبر كالمعاينة » أحمد .
وقد ذكر ابن رشد بعض حالات الضرورة التي تسوغ هذا البيع انظر (المقدمات : 225/2) .
ولبيع الغائب اثنتا عشرة صورة انظر أحكامها في (الشرح الصغير : 44/3) .

ـ غيبة قريبة ،

ـ وغيبة بعيدة .

والغائب غيبة بعيدة منقسم على وجهين :

ـ منه المأمون مثل الدور والأرضين والعقارات .

ـ ومنه غير المأمون مثل الحيوان والعروض .

فما كان منه قريب الغيبة؛جاز بيعه بالوصف (2) وجاز النقد فيه،كان من الاشياء المأمونة أو لم يكن ، إذا كانت الصفة يتولاها العدل المأمون ، وأما إن تولاها البائع؛لم يجز النقد فيها على صفته .

وما كان من الأشياء البعيدة الغيبة لم يجز النقد فيها الا في المأمون الذي ذكرته ، إذا تولى وصفه العدل المأمون .

وأما بصفة البائع؛فلا يجوز النقد فيه .

وأما غير المأمون؛فلا يجوز النقد فيه،كان الذي يتولى وصفه العدل أو البائع .

[بيع السلم]

136 ـ وحكم الشراء للشيء المضمون في الذمة . يسمون التعامل عليه سَلَماً (3) . وبه رسموا كتُب ذلك الباب في دواوينهم .

---

2) أوضح القرافي ان بيع الغائب على الصفة فيه عدول عن اليقين الى توقع الغرر. ولهذا تشترط فيه الشروط الثلاثة التالية :

ـ ان لا يكون المبيع قريبا جدا تمكن رؤيته من غير مشقة .

ـ ان لا يكون بعيدا جدا لانه قد يتغير قبل تسلمه أو يتعذر تسليمه أصلا .

ـ أن يكون الوصف بالصفات التي تتعلق بها الأغراض (الفروق : 247/3 : الفرق 187)

3) هو رخصة مستثناة من بيع الانسان ما ليس عنده (حاشية حجازي العدوى : 80/2) لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » .

وأصل مذهب مالك الذي روى ابن القاسم : أنه لا يجوز السلَم الحال (4) ، ولا يجوز إلا إلى أجل تتغير في مثله الأسواق : الخمسة عشر يوما وما أشبهها .

وروى ابن وهب عن مالك إجازة السلم إلى ثلاثة أيام (5) .

[بيع الطعام قبل استيفائه]

137 ـ انظر : فكل طعام كان ثمنا لشيء من الأشياء : ما كان ذلك الشيء ؛ فلا يجوز ان يبيعه من هو له حتى يستوفيه . وهو بمنزلة شرائه بالدنانير والدراهم (6) .

[منع البيع الفاسد]

138 ـ وانظر : فكل صفة انعقدت على ظاهر الصحة والسلامة ، ثم يتبين فيها وجه لو تعاملا عليه لم يجز البيع ؛فلا يجوز أن يتراضيا بتنفيذ ذلك الوجه الذي لا يحل التعامل فيه (7) .

---

4) هذا هو المشهور في المذهب وقيل يجوز السلم الحال . وفصل اللخمي فقال بالسلم الحال : وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة ، وبالسلم المؤجل وهو الذي يكون ممن ليس في شأنه بيع تلك السلعة (بداية المجتهد : 228/2) .

5) وقال ابن عبد الحكم : لا باس فيه الى اليوم الواحد .

هذا ان كان يقتضى في البلد الذي أبرم فيه العقد . اما ان كان مما يقتضى في بلد آخر فان الأجل فيه هو قطع المسافة بين البلدين قلّت أو بعدت (ن ، م : 229).

6) من ابتاع طعاما أوأخذه عوضا عن عمل ولو كرزق قاض أو بعض الجند ، أوأخذه صداقا ، أوأرش جناية : فلا يجوز له بيعه قبل ان يستوفيه بكيله أو وزنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله ، وفي رواية : حتى يستوفيه ، وفي رواية : حتى يقبضه » .

واختلف في وجه الحرمة فقيل : تعبدي ، وقيل بأن غرض الشارع سهولة الوصول الى الطعام من القوي والضعيف ولو جاز قبل قبضه لربما اخفى وبيع خفية فلا يتوصل إليه الفقير (الفواكه الدواني : 84/2) .

7) البيع عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقدان بتبادل المنافع بنقل الملكية بعوض فاذا لم يتحقق القصد منه لم يجز شرعا ولو كان ظاهره الصحة . وهذا ينبني على القاعدة الفقهية التي عبر عنها القرافي بقوله « كل تصرف كان من العقود كالبيع .... وهو لا يحصل منصوده فانه لا يشرع ويبطل ان وقع » .(الفروق 238/3 الفرق 184)

فاذا انعقدت بين متبايعين صفقة ظاهرها الصحة وهي في الواقع فاسدة : كأن يكون المبيع حصة ميراث لم يقع استحقاقه والمشتري يجهل ذلك ، أو يكون قارورة خل ثم يتبين انه خمر : فانه يجب فسخ هذا البيع .

قال بهرام المالكي :

ويفسخ بيع فاسد مطلقا ولا   يسامح فيه من عن الحق حولا

(منظومة بهرام مخ دار الكتب الوطنية بتونس 12338) .

[بيع الدين]

139 ـ والأصل في الدين الواجب : أنه لا يجوز أن يباع من صاحبه الذي هو عليه ، ولا من غيره ، بشيء يتأخر عن القبض البتة ، ولا بجارية تتواضع (8) ، ولا بدار تسكن ، هذا مذهب ابن القاسم .

وقد أجاز أشهب : ان تُقبض في ذلك دار تسكن .

وأكثر ما رخص فيه من هذا الأصل : أن يكون المأخوذ من الدين طعاما ، فيؤخذ في كيله فلا يتم حتى تغرب الشمس ؛ فأباحوا تأخير ذلك الى اليوم الثاني لاتصال ذلك .

ولا يجوز أن يقبض من ثمن الطعام طعاما ، لأنه ذريعة الى استجازة الطعام بالطعام غير يد بيد (9) .

[الجمع بين عقدين مختلفين]

140 ـ قال محمد : وجملة القول في السلف الذي هو القرض : أنه لا يجوز أن يصحبه شيء من الأشياء لا بيع ولا نكاح ولا شركة ولا قراض ، ولا ما شاكل ذلك من المعاقدات ، لأنه باب من أبواب الربا للاستزادة في السلف (10) .

ولا بأس بالبيع والاجارة أن يجتمعا في عقدة .

---

8) المواضعة في الرقيق : أن تجعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها (حدود ابن عرفة) .

9) بيع الطعام بالطعام لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد لقوله عليه الصلاة والسلام « ... البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » . مسلم وأبو داود والنسائي .

فالتفاضل ممتنع في بيع الطعام وهو ما يفهم من قوله « مثلا بمثل » . والتناجز ضروري في هذا البيع وهو ما يفهم من قوله « يدا بيد » (البهجة وحلي المعاصم : 23/2) .

10) أخرج الترمذي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل بيع وسلف » .

وهل هو بيع فاسد أو من بيع الشروط خلاف ، والمشهور انه اذا سقط الشرط صح البيع . وقيل : هو بيع فاسد ولابد من الفسخ (زروق وابن ناجي على الرسالة : 124/2) .

واختلفوا في البيع والنكاح .

فابن الناسم لا يجيزه .

وعبد الملك بن الماجشون يقول : إن بقي من الثمن فضل ربع دينار جاز النكاح ، والاّ لم يجز (11) .

[بيع الغائب بالخيار]

141 ـ وكل ما لا يعرف بعينه إذا غاب عن عين صاحبه : فلا يجوز أن يبيعه بالخيار ، إلا ألا يغيب عليه المشتري (12) .

اشتراط النقد في بيوع الخيار والمواضعة والعهدة]

142 ـ ولا يجوز في بيع الخيار (13) اشتراط النقد ، ولا في بيع المواضعة (14) ، ولا في بيع العهدة (15) .

ولا يجوز الخيار الى الأجل البعيد (16) .

---

11) يمتنع الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد العقود التالية : الجعالة ، الصرف ، المساقاة ، الشركة ، النكاح ، القراض ، وزاد بعضهم : السلف (مواهب الجليل : 313/3 ؛ البهجة : 1069/2) .

12) لأنه من بيوع الغرر وقد ورد من مراسيل ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر (زروق وابن ناجي على الرسالة : 112/2) .

13) هو بيع وقف بَتُّهُ أولا على إمضاء يتوقع (حجازي : 42/2) .

14) تقدم شرحها .انظر الهامش 3 ص 76 أعلاه .

15) العهدة :في الأصل العهد وهو الالزام والالتزام . وفي العرف : تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين ، وتكون العهدة في بيع الرقيق بالشرط أو العادة وهي قسمان : عهدة سنة وعهدة ثلاثة أيام (الشرح الصغير : 191/3 ـ 192) .

16) يرى مالك أن مدة الخيار تقدر بحسب الحاجة وباختلاف المبيعات . أمّا الخيار المطلق فهو جائز ، ويضرب السلطان فيه أجل مثله (بداية المجتهد : 230/2) .

[بيع الآجال]

143 ـ وجملة قولهم في بيع الآجال (17) : إنه من باع شيئا بثمن الى أجل : فلا يجوز أن يشتري ذلك الشيء بعينه قبل الأجل بشيء لا يجوز ان يبيعه حاضرا بذلك الثمن الذي الى أجل ، للتهمة الداخلة فيه ، وأنه ذريعة الى استجازة الربا .

[شراء ما يختار من شيئين]

144 ـ وكل من اشترى شيئا يختاره من شيئين فهو جائز ،

وان كان من شيئين مختلفين : فلا يجوز ، الا أن يكون ذلك من غير عقد لزم المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك .

[البيع الفاسد]

145 ـ وكل بيع انعقد على فساد/لم يجز بعد ذلك ، وإن أسقطا الوجه الذي دخل من [9 ـ ب] أجله الفساد (18) .

[اجتماع الحلال والحرام في عقد واحد]

146 ـ وكل صفقة جمعت حلالا وحراما ، فهي كلها حرام ؛ ولا ينعقد البيع في الحلال (19) منها خاصة (20) .

---

17) هو بيع المشتري ما اشتراه لبائعه أو لوكيله لأجل ، وهو بيع ظاهره الجواز ، لكنه قد يؤدي الى ممنوع فيمتنع ولو لم يقصد فيه التوصل الى الممنوع سدا للذريعة التي هي من قواعد مالك (الشرح الصغير : 116/3) .

18) البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام :

ـ ممنوع لتعلقه بمحظور خارج عن البيع : كالبيع في مكان مغصوب ، فلا يفسخ ، فات أو لم يفت .

ـ ما نهي عنه ولم يخل فيه بشرط في صحة البيع : كالبيع وقت الجمعة ، ففي فسخه خلاف .

ـ ما أخل فيه بشرط فيفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة وإلا رد مثلها إن كان لها مثل ، وإلا رد ثمنها (قوانين الاحكام : 191) .

19) في الأصل : الحال .

20) كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير ، وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن (ن ، م) .

[بيع الطعام لأجل]

147 ـ وكل من وجب له طعام على رجل الى أجل من بيع ؛ فلا يحل له من بيع ذلك الطعام الا وجه واحد من ثلاثة أوجه :

ـ ان يقبل منه البائع ، أو يوليه رجلا ، أو يشرك فيه (21) .

فإن ولاه أو أشرك فيه ؛ لم يجز ذلك إلا بحضرة الذي عليه الطعام ، من أجل أن الدين لا يباع إلا بحضرة المديان وبإقراره (22) .

فان حضر فجحد أو كان غائبا ؛ لم يجز بيع ذلك الدين ، لأن المشتري إنما اشترى ما يحصل من تلك الخصومة ، وذلك الغرر بعينه .

[بيع الدين على المديان]

148 ـ وكل من وجب له دين على رجل من بيع أو سلم فأراد أن يبيع ذلك الدين على المديان .

فانظر : فإن كان الذي يأخذه بدلا من ذلك الدين ، يجوز أن يبيعه بماله على المديان ، يدا بيد ، أو يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذي أسلمه الى المديان ؛ فهو جائز ، والا لم يجز (23) .

[السَّلَمُ في الطعام]

149 ـ وإذا أسلم في طعام موضعٍ بعينه ، أو في عروضه : فهو جائز إن كان مأمونا ، وإن كان غير مأمون ؛ فلا يجوز .

21) وكذلك ان يهبه أو يسلفه قبل قبضه (ن ، م : 189) .

22) عبر ابن عاصم عن هذا الشرط في بيع الدين لغير من هو عليه ، فقال :

وإنما يجوز مع حضور من   أقر بالدين وتعجيل الثمن

فلا يباع الدين مع غيبة المدين لأنه لا يدرى حاله من حيث الفقر والغنى ولا يباع مع انكار المدين (البهجة وحلي المعاصم : 45/2) .

23) هناك خلاف في المذهب في الطعام ان كيل ، والعرض ان أحضر بمحل العقد ، هل يجوز فيهما السلم لأن الضمان انتقل للمسلم اليه ، أو يكره مطلقا ولو كيل واحضر لانهما لما كانا يغاب عليهما أشبها العين ، والكراهة في الطعام أشد (حجازي : 82/2) .

[ضمان المبيع كيلا أو وزنا]

150 ـ وكل ما بيع على الكيل او الوزن : فمصيبته على البائع حتى يكيله المشتري أو يزنه (24) .

ولا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل الكيل أو الوزن إن كان طعاما ، وإن لم يكن طعاما فلا بأس ببيعه .

وحكم الصُّبْر الجزاف غير هذا الحكم : المصيبة فيها من المشتري ، وبيعها قبل القبض لهذه العلة .

[امتناع التفاضل في الطعام]

151 ـ والأصل : أن كل ما يؤكل مما ييبس ويدخر (25) : فلا يجوز أن يبتاع شيء منه بشيء من صنفه إلا مثلا بمثل يدا بيد (26) .

وكل ما يؤكل أو يشرب : كان مما يدخر أو لا يدخر ، فلا يجوز شيء منه بشيء من صنفه أو من غير صنفه ، إلا يدا بيد .

وكل مأكول من الطعام ، كله صنف واحد ،أكان مما يدخر أو مما لا يدخر ، فلا يحل رطبه بيابسه ، لا مثلا بمثل ، ولا متفاضلا ، لا يدا بيد ، ولا إلى أجل .

---

24) ضمان المبيع كيلا أو وزنا أو عدا على البائع حتى يقبضه المشتري بالكيل أو الوزن أو العد . ويستمر ضمان البائع له بمعياره من مكيال أو ميزان حتى يفرغ في أواني المشتري ، فاذا هلك بيد البائع عند تفريغه ضمنه اتفاقا قاله ابن رشد .

ولو تولى الكيل أو الوزن أو العد المشتري نيابة عن البائع كان ضمانه على البائع لو سقط من الميزان أو المكيال أو غصب .

أما لو كاله البائع أو نائبه وناوله للمشتري فسقط من المشتري أو هلك فضمانه عليه لأن قبضه تم باستيلاء المشتري عليه وليس نائبا عن البائع في هذه الحالة .

فصور الضمان أربعة انظر تفصيلها في (الشرح الصغير : 196/2 وما بعدها) .

25) مثل البر والشعير والسلت والأرز والذرة والزبيب .

26) تقدم وجوب التماثل والتناجز في بيع الطعام بالهامش 9 أعلاه من هذا الباب .

وكل ما يجوز فيه التفاضل فلا يجوز شيء منه بشيئين حتى يتبين فيه التفاضل ولو كان ترابا .

وحكم القمح والشعير والسلت حكم واحد ، لا يجوز بينهما التفاضل (27) .

وحكم القطاني اذا اختلفت اجناسها : جاز فيها التفاضل .

والخضر كلها التيلا تدخر : لا بأس بالتفاضل فيها يدا بيد وإن كانت من المأكول .

[تصنيف اللحم والحيوان]

152 ـ ولحم البقر ولحم الغنم ولحم الابل كله صنف واحد .
وكذلك ألبانها لا يجوز متفاضلا إلا أن يدخل ذلك الصنعة فيجوز التفاضل للاختلاف .

ولحم الطير كله صنف واحد . ولحم الحيتان كله صنف واحد .

[بيع اللحم بالحيوان]

153 ـ ولا يجوز اللحم بالحيوان ، يعني من صنف واحد ، يدا بيد ، ولا إلى أجل (28) .
وانظر : فكل لحم جاز متفاضلا يدا بيد : فلا بأس حيّه بمذبوحه ، كالحيتان بالشاة الحية ، أو كلحم الطير بالشاة ، وما أشبه ذلك .

[بيع الزيت والحنطة المبلولة]

154 ـ ولا يجوز الزيت بالزيتون (29) ، ولا الحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة ، لا مثلا

---

27) البر والشعير والسلت جنس واحد لتقارب منفعتها ، وخالف في ذلك عبد الحميد الصائغ (حجازي العدوي : 24/2) .

28) علة المنع المزابنة وهي مع مجهول بمعلوم او مجهول بمجهول من جنسه ، وذلك يؤدي الى جهل بالثمن أو المثمن .
فاذا كان الحيوان غير مباح الأكل كالخيل جاز البيع لانتفاء المزابنة .
واذا كان اللحم مطبوخا جاز بيعه بالحيوان،ولو كان من جنسه (الشرح الصغير والصاوي : 88/3) .

29) وعلة المنع توقع التفاضل والغرر.

بمثل ، ولا بينهما تفاضل (30) .

ذلك كله من معنى التمر والرطب المنهي عنه .

والأدهان والأزيات؛كل دهن منها صنف على حدته لاختلاف منافعها ، وليست كاللحمان المختلفة/لاتفاق منافعها . [10 ـ أ]

[بيع الذهب والفضة]

155 ـ والأصل ان الذهب والفضة لا يجوز كل واحد منهما في نفسه الا مثلا بمثل يدا بيد (31) ، وأن الفضة بالذهب لا يجوز التصارف فيهما الا يدا بيد .

[بيع المصحف والسيف المحليين]

156 ـ وانظر : فإذا كانت حلية المصحف تبعا للمصحف ، وحلية السيف تبعا للسيف؛ جاز بيعهما بالفضة (32) .

---

30) علة المنع ان المماثلة لا تتحقق مع البلل،والحبوب تتفاوت في قبولها الماء فيؤثر ذلك على وزنها وعلى كيلها تأثيرا مختلفا ويظهر ذلك بعد ان تجف .

واذا امتنع ذلك في طعامين مبلولين فأحرى أن يمتنع في طعامين أحدهما رطب والآخر يابس (الزرقاني على خليل : 71/3) .

31) أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت إلا ما حكي عن ابن عباس . وحديث عبادة قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو استزاد فقد اربى » . البخاري واحمد .

وأما منع النسيئة فيها فثابت بعدة احاديث اشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء » . متفق عليه .

وعلة ربا الفضل في النقد علة الثمنية وفي الطعام صلاحيته للاقتيات والادخار .

فالاقتيات ما تقوم البنية به فيكفي في المعيشة ونظام الحياة اذا اقتصر عليه ولو في بعض البلاد . وأما الادخار هو عدم الفساد بالتأخير الى الأمر المبتغى منه عادة ولا يحد بمدة على ظاهر المذهب ولو لم يغلب استعماله كالتين (حجازي العدوي : 241/2 ؛ مسالك الدلالة : 216) .

32) كان مالك لا يرى بأسا بأن يحلى المصحف ، وروى ابن القاسم أن لمالك مصحفا محلى بفضة .

وسئل عن الحلي أو السيف المحلى يكون ما فيه من الحلي الثلث يباع بالفضة أو بالذهب إلى أجل فينقض =

وإن كان نصل السيف تبعا للفضة ، وكان ثمن المصحف تبعا لما فيه من الفضة ، لم يجز ان يباع ذلك الا بالذهب .

وانما جاز هذا فيهما لما أجيز من اتخاذهما .

[الآنية المحلاة بالفضة]

157 ـ ولا يجوز ذلك في الآنية المحلاة بالفضة ، ولا السكين ، ولا ما أشبه ذلك مما لا يجوز اتخاذه .

ولا يجوز بيع شيء منه إلا بخلاف صنف حليته (33) .

[الزيادة في القرض]

158 ـ وأصلهم في الزيادة في القرض عند القضاء،لا بأس به إذا كانت الزيادة في الوزن والجودة (34) .

= المشتري حليته ويفرقها فجوز ذلك،وهو رأي ابن القاسم أيضا .

وجوز ربيعة بيع السيف المحلى بالفضة تكون الفضة تبعا بالذهب إلى أجل .

وقال ابن القاسم:يفسخ البيع ان ادرك ولم ينقضه وهو قائم .

ومنع عمر بن الخطاب بيع السيف المحلى بفضة بالدراهم (المدونة : 3 100 ، 101) .

33) يحرم اقتناء الاناء المصنوع من الذهب والفضة . وكذلك استعماله ولو في حق الانثى ، ويجوز بيعه لمن يكسره ويصنعه حليا بعرض أو نقد.لكن إن كان من غير جنسه اشترطت المناجزة فقط وان كان من جنسه اشترطت المماثلة في الوزن والمناجزة .

وأما المصنوع من النقدين فلا يجوز بيعه الا بالعرض . ولا يجوز بهما أو بأحدهما ولو التابع على المشهور.

واما المحلى بالنقدين فأشار اليه خليل بقوله « وان حلي بهما لم يجز باحدهما الا ان تبعا الجوهر بان كان الذهب والفضة الثلث والجوهر الثلثين فانه يباع بجنس الأقل من الذهب والفضة ، فان كان الذهب قدر الفضة لم يجز بيعه الا بالعرض (الفواكه الدواني:80/2) .

34) ورد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تسلف بَكْراً* ورد عنه رباعيا « كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم سن من الابل فجاء يتقاضاها فقال : اعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا الا سنا فوقها فقال : اعطوه.فقال: أوفيتني أوفاك الله : فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وعن جابر قال « أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان عليه دين فقضاني وزادني » متفق عليه .

*) البَكر ـ بالفتح ـ الفَتِيّ ـ الابل بمنزلة الغلام من الناس (اللسان : بكر) وذكر الحديث .

وكره مالك الزيادة في العدد (35) .

قال عبد الملك بن حبيب : لا بأس بالزيادة في العدد ، وذكر في ذلك أثرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه استقرض أربعة أبعرة ، فرد ثمانية .

[الوضع من الدين وتعجيله]

159 ـ وإذا وجب له دين من الديوان : لم يجز أن يضع شيئا من ذلك ويتعجله قبل محله (36) .

[إحالة الدين]

160 ـ وكل من احيل (37) على رجل بدين : فلا يجوز للمحتال ان يأخذ منه إلا ما كان يجوز ان يأخذه من الذي احاله .

ولا يجوز له أيضا ان يأخذ منه إلا ما كان يجوز للمحتال أن يأخذه من المحال عليه .

[الاشتراط في البيع]

161 ـ وإذا اشتريت شيئا من الأشياء بثمن إلى اجل : لم يجز ان يشترط البائع حبسه إلى اجل (38) .

---

35) قال مالك لا يعجبني أن يقضيه فضل عدد لا في ذهب ولا في طعام عندما يقضيه . ولو كان ذلك بعد أن يقضيه ويتفرقا عن مجلس العقد لم ار بذلك باسا اذا لم يكن في ذلك عادة ولا موعد . وهذا ما فعله ابن عمر انما قضى مثل العدد وزاد في وزن الدراهم التي قضاها . (المدونة:107/3) .

36) قال مالك : الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا ان يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب ، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محِلّه عن غريمه ، ويزيده الغريم في حقه ، قال : هذا الربا بعينه لاشك فيه .

وهو قول ابن عمر كان يكرهه وينهى عنه (تنوير الحوالك : 163/2) .

37) الحوالة مشتقة من التحول .

وهي في الشرع:نقل الدين الى ذمة تبرأ بها الأولى .

والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : « مطل الغني ظلم واذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع » البخاري (البهجة وحلي المعاصم : 55/2) .

38) اذا كان البيع حالا فللبائع ان يحبس سلعته الى ان يقبض الثمن ولو لم يشترط ذلك .

واذا هلكت السلعة المحبوسة عند البائع فضمانها عليه (البهجة وحلي المعاصم : 17/2 وما بعدها) .

إلا أن يكون مما يجوز أن يشتري على أن يقبض إلى ذلك الأجل ، مثل الأرض والدار يشترط البائع سكناها إلى الأجل : فذلك جائز لأنها مأمونة (39) .

وإن اشترط البائع أن يكون على يدي عدل،جاز ذلك .

ولا يجوز أن يبتاع عبدا على أن يكاتبه المشتري ، ولا على أن يدبره ، ولا على أن يعتقه إلى أجل ، ولا أن يتخذها أم ولد إن كانت جارية (40) .

وجائز أن يبتاعه منه على العتق ، لأن العتق أمر معروف مأمور به ، وما سوى ذلك يدخله الغرر (41) .

39) يجوز في الأصول اشتراط حبسها لانه يجوز ان تباع على ان تقبض الى اجل (ن . م) .
40) لم تجز هذه الشروط لانها مناقضة لمقتضى العقد (مواهب الجليل : 374/4) .
41) للعلماء اقوال في جواز البيع مع الشرط . انظرها في (التاج والأكليل : 372/4 ؛ البهجة : 8/2) . وانظر أيضا باب الشروط فيما يأتي ففيه مسائل جمة .

باب احكام البيوع

[فوات المبيع بيعا فاسدا]

162 ـ قال محمد أصل مذهب مالك بن أنس والرواة من أصحابه : أن كل بيع فسد لعقده ، أو لوقته مثل بيع المدبر ، وساعة الخطبة يوم الجمعة ؛ فلا قيمة فيه إذا فات (1) .

وما فسد لثمنه كانت فيه القيمة إذا فاتت العين .

[الاستثناء من المبيع]

163 ـ ... : فكل شيء يستثنى من الشيء المبيع ، فسبيل ذلك الشيء المستثنى سبيل جزء من أجزاء الثمن .

فإن كان مما يجوز أن يكون ثمنا، فهو جائز .

وان كان مما لا يجوز، فلا خير في ذلك البيع .

[المبيع المعيب أو المستحق]

164 ـ والأصل في كل مبيع وجد به عيب ، أو استحق منه بعض : أن للمشتري أن يرد

---

1) في فسخ البيع الفاسد لوقته خلاف . والبيع الفاسد لاختلال شرط من شروط صحته يفسخ وترد السلعة إذا كانت قائمة ، وإلا رد مثلها كيلا أو وزنا أو عدا ، ويرد ثمنها فيما لا مثل له (قوانين الاحكام : 19) .

المعيب (2) أو المستحق منه ، إذا كان ذلك مما لا يتبعض ، مثل العبد والدابة والثوب ، وما شاكل ذلك من سائر الاشياء .

وليس للمشتري أن يقول : أنا أحتبس ، وأرجع بقيمة العيب ، الا ان يفوت في يديه .

وليس له أن يحتبس إذا كان استحقاقا ، ويرجع بالمستحق في يديه منه .

وان كان ذلك المبيع من الأشياء التي تتجزأ مثل الأشياء المكيلة أو الموزونة أو المعدودة . /فانظر : فإن اصاب العيب ، أو كان الاستحقاق بأقل الصفقة وأيسرها لزمه البيع في | 10 - ب |
الباقي ، ويرجع بقيمة العيب أو بما استحق في يده منها ، إلا أن يتراضيا جميعا على الرد .

وان كان ذلك المردود بالعيب أو المستحق هو وجه الصفقة وأكثرها ، وجب للمشتري رد الجميع على البائع، لما دخل عليه من مضرة تبعيض الصفقة (3) .

وان قال : أنا أحتبس بما بقي ، لم يكن ذلك له في العيب إلا أن يرضى بذلك له البائع ، فان رضي له بذلك جاز أن كان ذلك الشيء مما يتبعض في الكيل والوزن ، فيبقى بما فيه بثمن معلوم .

وان كان إنما يتبعض في العدد ، لم يجز، لأنه لا يعلم ما ينوب ذلك من الثمن الا بعد التقويم ، فقد حبسه بمجهول .

وأما في الاستحقاق؛ فمن حق المشتري أن يحتبس الباقي بما يصيبه من الثمن ، لأن

---

2) قسم العلماء المبيعات الى أصول كالدور ونحوها، والى عروض كالثياب، والى حيوان . فأما الأصول فجعلوا العيب فيها إما أن يكون يسيرا فيغتفر ، أو كثيرا فيرد وجوبا ، أو متوسطا فيرجع فيه بالأرش .

وأما في غير الأصول من العروض ونحوها فيرد ذلك المبيع بالعيب سواء كان قليلا أو كثيرا إذا كان يخفى عند التقليب وقام المشتري بالقرب .

والفرق بين الأصول وغيرها : ان الأصول لا تنفك عن عيب غالبا ولأن عيبها المتوسط يزول بالإصلاح ، فلو ردت به لأضر ذلك بالبائع (البهجة ـ حلي المعاصم:100/2) .

3) الرد بالعيب كما يكون في الكثير ، يكون في القليل ، الا في الدور وغيرها من العقارات فلا رد فيها بالقليل ولا المتوسط وفيه للمشتري الرجوع بالأرش .

هذا ما ذكره ابن ابي زيد القيرواني .

وفرق غيره بين الدور وغيرها التي قد يراد منها التجارة (الفواكه الدواني،89/2) .

الاستحقاق لم يبع البائع ماله ومال غيره ليحمل ماله مال غيره ، والأشياء المعيبة إنما باعها جملة ليحمل بعضها بعضا (4) .

[اختلاف الأسواق وحوالتها]

165 ـ والأصل : ان اختلاف الأسواق في الشيء المعيب ليس يفوتها ، وهو فوت في ثمن ذلك المعيب ان كان حيوانا أو عرضا (5) .

وحوالة الاسواق في البيوع الفاسدة فوت تجب فيه القيمة .

[ضمان ما بيع مدلسا]

166 ـ وكل شيء دلس فيه بائعه بعيب (6) ، فهلك ذلك الشيء المعيب من ذلك العيب المدلس به ، فهو من البائع (7) .

وكذلك إذا كان البائع غير مدلس ، ما اصاب ذلك الشيء المشترى من هلاك أو نقص ، كان بسبب العيب أو بغير سببه ، مصيبته من المشتري ونقصه عليه (8) .

---

4) أوضح الفقهاء ان في الاستحقاق صورا عديدة وان الحكم فيها يختلف انظرها في (الصاوي على الشرح الصغير 203/3) .

5) الملاحظ ان المثليات والعقارات لا تفيتها حوالة الاسواق.وقد فصل الكلام عما تفيته حوالة الأسواق النفراوي في (الفواكه الدواني:96/2) .

6) التدليس بالعيب محرم شرعا للنهي عن أكل اموال الناس بالباطل قال تعالى : « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » البقرة : 188 .

وقال عليه الصلاة والسلام : « انه لا يحل مال امرىء الا عن طيب نفس منه » احمد .

وعلى البائع ان يبين العيب للمبتاع قال عليه السلام « من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقت الله » ابن ماجه .

7) إنما يكون ضمان المدلس بعيب من بائعه إذا أشهد المشتري على وجود العيب وعلى عدم رضاه به، اما ان طال الأمر دون ان يشهد حتى يرى انه راض بالعيب فانه بضمنه قاله اصبغ.وهناك اقوال اخرى انظرها في (مقدمات ابن رشد : 256/2) .

8) هذه الفقرة ينقلها ابن جزي كاملة مع تصرف قليل ، يقول :

« قال ابن حارث : كل شيء دلس فيه بائعه بعيب فهلك من ذلك العيب أو نقص منه فمصيبته من البائع ونقصه عليه ، وإن كان هلاكه أو نقصه من سبب غير ذلك العيب المدلس به فمصيبته من المشتري ونقصه عليه» (قوانين الاحكام : 292 ـ 293) .

[العيب الداخلي]

167 ـ وأصلهم : أن كل شيء يشتري فيشق أو يكسر فيوجد به عيب لا يعلم إلا بعد الشق أو الكسر ، فانه لا يجب للمشتري بذلك رد على البائع (9) .

هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك .

وحكى عبد الملك بن حبيب عن أصبغ أنه قال : إن كان ذلك العيب من العيوب التي تحدث من غير تفريط ، تكون من مالك ذلك الشيء،فلا يرد به .

وان كان إنما يحدث عن تفريط يكون من مالكه ، وان لم ينظر إلى العيب ولم يعلم به فإنه يجب به الرد .

[الضمان في بيع الخيار]

168 ـ وكل بيع على خيار (10) ، فان حكمه غير حكم البيع المنعقد إلا بعد التراضي . والمصيبة في أيام الخيار من البائع .

---

9) قال ابن فرحون « لا ينفع الرجوع بالعيب الذي يشترك في الجهل به البائع والمشتري كمرارة القثاء والدّباء ... إلا أن تكون كلها فللمشتري الرد (المسائل الملقوطة : 12 أ) .

الدُّباء : القرع على وزن المُكّاء . واحدته : دُبّاءة (اللسان : دبي) وذكر حديث « نهى صلى الله عليه وسلم عن الدُّباء والحنتم والنقير» .

وقد اجاز المالكية بيع الفواكه ذات القشور في قشرها الأعلى مستدلين بعموم قوله تعالى : « واحل الله البيع » البقرة 275 مراعين الضرورة التي دعت الى بيعه بالقشر لأن الناس في حاجة الى بيعها رطبة وليس في إمكان الجميع تجفيفها وقد يفسدها ازالة القشر (مقدمات ابن رشد:226/2) .

10) البيع على الخيار جائز للبائع أو المشتري او اجنبي،وذلك ليتروى في أخذ السلعة او ردها . دليله ما اخرجه مالك في الموطا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « قال رسول الله صلى عليه وسلم : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار» .

وخيار التروي في المذهب يكون بالشرط او العادة ، لا بالمجلس فانه غير معمول به في المذهب (الفواكه الدواني : 90/2) .

[ضمان ما فاتت عينه]

169 ـ وكل من اشترى شيئا شراء فاسدا (11) ففاتت عنده عينه : فعليه فيه القيمة ، وذلك في ما لا يوجد فيه المثل . وعليه المثل في المكيل والموزون .

والقول قول المشتري مع يمينه إن اختلفا في وجود المثل أو في الصفة عند التقويم .

[الصلح كالبيع]

170 ـ وكل صلح (12) كان عن اقرار المتصالحين ، فحكمه في جميع المعاني حكم البيع .

[الضمان في البيع]

171 ـ وكل بيع انعقد على صحة ، فما أصاب المبيع من مصيبة وهو في يد البائع ، فهو من المشتري (13) .

وان كان البيع فاسدا فالمصيبة من البائع حتى يقبضه المشتري (14) .

---

11) البيع الفاسد هو الذي اختلت بعض شروطه أو كلها ، ولا ينقل الملك بعقده ، فاذا هلك المبيع قبل قبضه فضمانه من بائعه ، خلافا للصحيح فانه على ذمة المشتري بنفس العقد (زروق على الرسالة : 122/2) .

12) الصلح هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض ، لرفع نزاع أو خوف وقوعه (الشرح الصغير : 305/3) .
وهو على ثلاثة اقسام : بيع ، واجارة ، وهبة .
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما » أبو داود وابن ماجة والترمذي .

13) ينتقل ضمان المبيع من بائعه إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم ولو لم يقبضه من البائع ، فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه ، وسواء كان عرضا او غيره . واستثنى الفقهاء مسائل انظرها في (الشرح الصغير :196/3) .

14) كل مبيع بيعا فاسدا من عقار او غيره لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض (ن ، م : 198) .

[حدّ التفرقة بين الأم وولدها]

172 ـ وحد التفرقة بين الأم والولد الإثغار (15) ، ما لم يعجل .

[وضع الجائحة عن المشتري]

173 ـ والأصل في وضع الجائحة (16) عن المشتري اذا بلغت الثلث أن يكون ذلك الثلث ثلث الثمن لا ثلث الثمرة . فقد تختلف اجناس الثمرة وبطونها وأسواقها/وأولها وآخرها .هذا مذهب اشهب . [11 ـ أ]

وابن القاسم يقول : انما ينظر الى ثلث الثمرة في نفسها كان ذلك اقل من ثلث الثمن أو اكثر (17) .

وكل ما ييبس من الثمر وأمكن ، فلا جائحة فيه .

وكل من اشترى شيئا فحدث فيه عيب ، يعني مفسدا ، او اطلع على عيب كان عند البائع ، انه بالخيار:إن شاء رده ورد ما نقصه ، وإن شاء احتبس ورجع بقيمة العيب .

فان أراد ان يحتبس فوجه التقويم ان يقال : ما قيمة هذا العبد (18) صحيحا يوم وقعت

---

15)الاثغارهو ان تسقط رواضعه وتنبت اسنانه كلها ولو لم يتكامل نباتها . والمقصود به المعتاد . قال خليل « ما لم يثغر معتادا » ويكتفى ببلوغ زمنه المعتاد وهو بعد سبع سنوات .
هذا وإن أصل التفرقة بين الأم وولدها محرمة الى الاثغار ، مراعاة لحق الأم وهو ما اعتمده خليل حيث قال :« ما لم ترض الأم وإلا جازت ولو لم يحصل زمن الاثغار » .
ودليل حرمة التفرقة قوله صلى الله عليه وسلم « الا لا توله والدة على ولدها » وقوله صلى الله عليه وسلم ايضا « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ، او أحبابه ، يوم القيامة » وظاهر الحديث انه لا فرق بين المسلمة والكافرة (الفواكه الدواني : 94/2) .

16) الجائحة هي ما لا يستطاع دفعه من امر سماوي أو جيش (الشرح الصغير: 244/3)

17) ان ما تقدم من ان محل وضع الجائحة اذا بلغت الثلث فاكثر ، هو فيما اذا اجيحت بغير العطش . واما اذا اجيحت بالعطش فتوضع الجائحة مطلقا قال خليل : « وتوضع من العطش مطلقا وان قل » (ن ، م) .

18)غير العبد في ذلك كالعبد .
والعيوب التي يرد بها العبد كثيرة منها ما يتعلق بالاديان والاخلاق . ومنها ما يتعلق بالابدان . انظرها في (زروق على الرسالة : 115/2) .

الصفقة ؟ ثم يقال : ما قيمته بالعيب الذي كان عند البائع يوم الصفقة ؟

فان نقصت الخمس ، رجع بخمس الثمن الذي دفع ، كان الثمن اقل من القيمة أو أكثر .

وإن كان الربع ، فالربع على هذا الحساب .

وان كان اراد المشتري ان يرد فوجه التقويم ان يقال : ما قيمته صحيحا يوم وقعت الصفقة ؟ ثم يقال : ما قيمته وبه العيب الذي دلس به البائع يوم الصفقة ، ثم يقال : ما قيمته يوم الصفقة بالعيبين جميعا : العيب الذي كان عند البائع ، والعيب الذي حدث عند المشتري ، فينظر ما نقصه العيب الذي حدث عند المشتري من قيمته صحيحا ، فيرد ذلك السهم (19) من الثمن الذي اشتراه به ، يعني بعد ان يطرح من ثمن ما ينوب العيب الذي دلس به البائع . ولابد في هذه المسالة من ثلاث قيم : وذلك لان قيمة العيب منفردا ليس كقيمته مع عيب آخر (20) .

[بيع البراءة]

174 ـ وبيع الوارث وبيع السلطان بيع براءة (21) .

وحكم بيع البراءة ان لا يرد فيه بعيب ، إلا عيبا دلس به صاحبه وعلمه .

واما ما لم يعلم به من العيوب فلا يرد عليه ، ولا عهدة على البائع في بيع البراءة : لا عهدة الثلاث ، ولا عهدة السنة (22) ..

---

19) بالاصل : الأسهم ، وما اثبتناه اقتضاه السياق .

20) انظر تفصيل ذلك في (إبن ناجي وزروق على الرسالة : 115/2) .

21) ان البيع على البراءة من العيوب لا يفيد البائع ولو كان غير عالم بالعيب . ويستثني من ذلك بيع الوارث للرقيق وبيع السلطان على المفلس قال خليل « ومنع منه (أي من الرد بالعيب) بيع حاكم ووارث رقيقا فقط » (فقه الرسالة : 44/1) .

22) العهدة في الأصل :لعهد وهو الالزام والالتزام .

وشرعا :علق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين .

وهي قسمان : عهدة سنة ، وعهدة ثلاثة أيام . وهما خاصتان بالرقيق بالشرط أو العادة (الشرح الصغير : 191/3) . =

[بيع المرابحة]

175 ـ والأصل في بيع المرابحة (23) اذا اطلع المشتري أن البائع كذبه وزاد عليه : مثل أن يقول : اشتريتها بعشرة دنانير ، فاخذها منه باحد عشر دينارا ، ثم يطلع انه انما اشتراها بتسعة دنانير ، إن أراد المشتري ان يردها كان ذلك له ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ منه رأس ماله على الصحة ، وما ينوبه من الربح فيلزم المشتري تمام البيع .

وان فاتت السلعة قيل للبائع : تحطُّ عنه الزيادة وما ينوبها من الربح ، فان فعل لزم المشتري ذلك ،

وان أبى ان يحط ، كان على المشتري القيمة في السلعة ، إلا أن تكون أقل من راس المال على الصحة ، وما ينوبه من الربح ، فلا ينقص من ذلك البائع شيئا ، او يكون اكثر مما باع ، فلا يزاد على المشتري .

[الرد بالعيب بعد الاستغلال]

176 ـ وكل من اشترى عبدا أو غيره ، فاغتله ، ثم رده بعيب ، أو اخرجه من يده مستحق أو شفيع ، فان الغلة بالضمان لا يرد شيء منها على من صار اليه العبد (24) .

[بيع الجارية على غير مواضعة]

177 ـ واذا باع منه جارية رفيعة ، ودفعها اليه على غير مواضعة (25) فذلك متصرف على خمسة أوجه :

= قال ابن أبي زيد : وعهدة الثلاث الضمان فيها من البائع من كل شيء ، وعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص . (الفواكه الدواني : 91/2) .

23) عرفه ابن عرفة بأنه « بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع تقدمه غير لازم مساواته له » .

فهي بيع بائع شيئا اشتراه بثمن معلوم بثمنه الذي اشتراه به مع زيادة ربح معلوم (الشرح الصغير : 215/3) .

24) عن عائشة رضي الله عنها « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان » الترمذي .

وعنها أيضا « ان رجلا ابتاع غلاما وأقام عنده ما شاء الله ان يقيم فوجد به عيبا فخاصمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان » أبو داود .

25) اختلف اصحاب مالك في بيع الجارية بشرط ترك المواضعة : فقيل البيع جائز والشرط باطل ويحكم بينهما بالمواضعة ، وقيل البيع فاسد (ابن ناجي على الرسالة : 119/2) .

ـ فوجه منها : أن يدفعها البائع الى المشتري على الائتمان له ، فيكون المشتري مصدقا في كل ما قال إذا أتى بما يشبه .

ـ والوجه الثاني : العمد بتركه المواضعة .

ـ والوجه الثالث : الجهل بما يجب منها .

وهذان الوجهان حكم المواضعة بينهما قائم ، وإن أعرضا عنه .

فان أصابت الجارية مصيبة وقد بقي من الوقت ما تستبرأ في مثله ، فهي من المشتري .

وان لم يمض من الوقت ما يمكن أن تستبرأ في مثله فهي من البائع ،

وإن كانت قائمة/صرفت الى المواضعة . [11 ـ ب]

ـ والوجه الرابع : أن يبيعها ويتبرأ من حملها ، وهو مقر بوطئها ، فالبيع على ذلك فاسد ،

ومصيبة الجارية من البائع الى انقضاء الوقت الذي تستبرأ في مثله ، فمن ذلك الوقت تكون المصيبة من المشتري .

ـ والوجه الخامس : ان يتبرأ من حملها ووطئها جميعا ، فالبيع أيضا فاسد لعلة البراءة من الحمل .

وهذا حكم الجواري المرتفعات ، انه لا يجوز فيهن البيع على البراءة من الحمل (26) ، الا ان هذه المتبرأ من حملها ووطئها المصيبة فيها من المشتري من يوم القبض .

أنكر سحنون قوله هذا ، وقال : حكم المواضعة بينهما قائم ، وان كان البيع فاسدا ، ولا تكون المصيبة من المشتري ، الا بعد الوقت الذي تستبرأ في مثله .

---

26) لا تجوز البراءة من الحمل الذي يتوقع ظهوره في الأمة الرفيعة بعد اشترائها الا اذا كان الحمل ظاهرا وقت العقد .

اما الأمة الوخش فيجوز التبري منها ولو لم يكن حملها ظاهرا (الفواكه الدواني : 92/2 ، 93) .

باب أحكام الشفعة (*)

[ما تقع فيه الشفعة]

178 ـ أصل مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه : أن الشفعة واجبة للشريك (1) فيما باعه شريكه من حقه المشاع ، فان اقتسما فلا شفعة لواحد منهما فيما يبيعه صاحبه من ذلك ، وذلك في الديار والارضين لا في غير ذلك من سائر الاشياء (2) ، حاشى النقض المبني ، فان مالكا رأى فيه الشفعة ، وجعله كالأرض .

قال أشهب : هو كالنقض المطروح بالأرض ، ولا شفعة فيه .

[حق الورثة في الشفعة]

179 ـ ومن أصولهم في هذا الباب : ان الورثة من أهل الفرائض يأخذون بالشفعة ما باعه العصبة الذين ورثوا معهم بقية المال الفاضل عن فرائضهم ،

---

*) الشفعة لغة : بسكون الفاء على المشهور . وقيل بالضم ، وهي مأخوذة من الشفع ، ضد الوتر لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها الى حصته فتصير له حصتان .

وشرعا : قال ابن عرفة : « استحقاق شريك اخذ مبيع شريكه بثمنه » (حاشية حجازي : 208/2) .

1) المقصود به الشريك الشائع .وأما الشريك بأذرع غير متميزة ، فلا شفعة له عند مالك .

وجوز اشهب الشفعة لقوله صلى الله عليه وسلم « فاذا صرفت الطرق وحدت الحدود فلا شفعة له » (حاشية حجازي : 209/2) .

وتكون الشفعة للشريك ولو كان كافرا ، اما الجار فلا شفعة له وان كان ملاصقا (الجواهر لابن شاس : 60/2 ب) .

2) أصل مذهب مالك أنه لا شفعة إلا في الارض وما اتصل بها من البناء والشجر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا شفعة إلا في ربع او حائط ولا ينبغي له ان يبيع حتى يستأمر صاحبه فان شاء اخذ وان شاء تركه » البزار .

ولا يأخذ العصبة بالشفعة ما باعه أهل الفرائض الوارثون معهم .

[شفعة أصحاب السهام]

180 ـ وأهل كل سهم يتشافعون فيما بينهم دون غيرهم من اهل السهام كالابنتين والأختين في الثلثين والاختين لأم أو الجدتين أو الزوجتين وما أشبه هؤلاء (3) .

[تعدد الشفعاء ومختلفي السهام]

181 ـ واذا كان للشقص المبيع شفيعان مختلفا السهام . فانما يأخذانه على قدر ما لكل واحد منهما لا على السواء (4) .

وان اسلم احدهما الشفعة كان للاخر أخذ جميعها . ولا يكون للمشتري منعه منه ، وان لم يرد الا ان يأخذ نصيبه فقط كان للمشتري ان يوقفه على أخذ الجميع أو تركه (5) .

[حد انقطاع الشفعة]

182 ـ والحد الذي تنقطع اليه شفعة الشفيع السنة (6) .

---

3) لا شفعة للوارث من حيث هو وارث لا شريك ، وذلك فيما أوصى به الهالك ، لئلا يذهب غرض الموصي (حاشية الامير : 210/2) .

وكذلك لا شفعة فيما صار للمشفوع عليه بالميراث (قوانين الاحكام : 211) .

4) قال مالك : « الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ، ان كان قليلا فقليلا . وان كان كثيرا فبقدره ، وذلك ان تشاحوا فيها » (تنوير الحوالك : 194/2) .

وعلة ذلك ان الشفعة انما وجبت لشركتهم لا لعددهم (مسالك الدلالة : 261) .

5) انظر (تنوير الحوالك : 194/2) .

6) هذه رواية اشهب ، وبها قال ـ ويروى عنه انه بالغ في هذا التحديد فقال : اذا غربت الشمس من آخر ايام السنة ولم يقم فلا شيء له .

وقال ابن ميسر : حكم ما قارب السنة حكمها (جواهر ابن شاس : 63/2) .

قال ابن القاسم : وقفت مالكا على السنة فلم ير السنة كثيرا ، وذلك اذا علم الشفيع بشفعته (7) . فاذا لم يعلم فلا تنقطع ابدا .

وان كان الشفيع غائبا ، فهو على حقه علم بالشفعة أو لم يعلم (8) .

قال ابن الماجشون : لا يقطع حق الشفيع الا الطول ، وقد سمعت مالكا يقول : خمسة أعوام ليس بكثير .

قال أصبغ بن الفرج : السنتان والثلاث قليل ولا أرى أن تنقطع معه الشفعة (9) .

[محاصّة المشتري الشفيع في الدار المشتركة]

183 ـ واذا كان للمشتري حصة في الدار المشتركة من قبل الشراء فله ان يحاص الشفيع بحصته تلك .

[الشفيع وتعدد المشترين]

184 ـ واذا كان الشفيع رجلا واحدا ، والمشتريان رجلين لم يكن له أن يأخذ حصة احدهما ويدع حصة الآخر (10) .

---

7) وهو الذي به القضاء (زروق على الرسالة : 193/2) .

وفي رواية ثالثة عن مالك ان الشفيع على شفعته ابدا ما لم يوقفه السلطان (ابن ناجي : 193/2) .

8)مثله الصغير المهمل والسفيه الذي مات وليه ، واليتيم والبكر ، فلا تنقطع شفعتهم الا بعد عام من قدوم الغائب وبلوغ اليتيم ، وترشيد السفيه ، وانكاح البكر ورشدها ، وهو المشهور وبه العمل (زروق على الرسالة : 194/2) .

هذا بالنسبة للغيبة البعيدة . اما القريبة فصاحبها كالحاضر عند اشهب (ابن ناجي على الرسالة : 194/2) .

وقال مالك في الموطا : لا تقطع شفعة الغائب وان طالت غيبته . وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة (تنوير الحوالك : 193/2) انظر (حلي المعاصم والبهجة : 107/2) .

9) أورد ابن شاس الاقوال المختلفة في المدة التي يسقط بها حق الشفعة ثم قال « والأصل في هذا الباب شواهد احوال الشفيع القائمة مقام التسليم وعلى ذلك يخرج ما نقل من الخلاف (جواهر ابن شاس : 63/2 أ) .

10) لان الصفقة وقعت واحدة وكل صفقة وقعت كذلك ليس له ان يأخذ بعضها ويترك بعضها فهي واحدة وان اشتراها رجلان (المدونة : 211/4) .

قال أشهب : له ان يأخذ من احدهما ، ويسلم للآخر (11) . ولا يلزم الشفيع الأخذ بالشفعة اذا قال : قد اخذت ، حتى يعلم الثمن .

[الشفعة في مهر المراة او خلعها]

185 ـ واذا تزوج المراة أو خالعها بشقص من دار اخذها الشفيع بقيمة الشقص(12) .

[أخذ الشفيع الثمرة]

186 ـ ولو اشترى شقصا من مالك واشترط ثمره ، أخذه الشفيع بثمره (13) .

[لا شفعة في الزرع]

187 ـ ولو اشترى شقصا وفيه زرع فاشترط الزرع لم يكن/للشفيع أن يأخذ الزرع [12 ـ أ] مع الشقص ، ولكن يفرض الثمن على الأرض والزرع فما ناب الأرض أخذه بذلك أو ترك (14) .

والفرق بين الزرع والثمر أن الثمر كالولادة غير مستحدث ، والزرع مستحدث كالبنيان في الأرض .

[الشفعة في العين والبئر]

188 ـ وانما الشفعة في العين والبئر إذا كانت لهما أرض مشاعة .

---

11) انظر (قوانين الاحكام : 212) .

12) يرى المالكية ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع كالمهر وارش الجنابات وغير ذلك (بداية المجتهد : 290/2) .

13) الشفعة في الثمار هي احدى مسائل الاستحسان الاربع التي قال فيها مالك : « انه لشيء استحسنته وما علمت ان أحدا قاله قبلي » (الشرح الصغير : 638/3) .

14) الزرع كقمح وكتان وفول وزرع ليحصد وبرسيم فلا شفعة فيه ، ومثله البقل مما ينتزع من أصله كفجل وجزر وبصل وملوخية (ن ، م) .

[التنازل عن الشفعة قبل استحقاقها]

189 ـ واذا أسلم الشفيع الشفعة قبل ان تجب له ، فلا يلزمه ذلك (15) .

[ما تقع فيه الشفعة] (16)

190 ـ وذكر ابن عبدوس في كتابه عن أشهب وابن نافع أنهما قالا : الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت اذا لم يزايلها .

وفي كتابه قال ابن وهب عن مالك : كل ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه (17) .

هذا كلام ينفذ معناه الى الأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وما اشبه ذلك (18) .

---

15) انظر (المدونة : 211/4) .

16) سبق هذا المعنى في الفقرة 168 . ويزيد ابن حارث هنا صورا أخرى في نفس الموضوع .

17) على هذا تكون علة الشفعة هي ضرر القسمة فلا تجب فيما لا ينقسم وإنما تجب في ما ينقسم (جواهر ابن شاس : 60/2 ب) .

18) قيل بالشفعة في ذلك دفعا لضرر الشركة (الصاوي على الشرح الصغير : 634/2) .
قال ابن شاس : اختلفت الرواية في اخذ ما لا ينقسم من الرباع والأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك (جواهر ابن شاس : 60/2 ب) .

باب أحكام القسم (*)

[القسمة بالقرعة]

191 ـ قال محمد : انظر فكل ما جُبِرَ الشريكان على قَسْمه ، فقسمته بالقرعة (1) جائزة ،

وما لم يجبرا على قسمه فلا يجوز قسمه بالقرعة ، لانّها تخاطرا ، ولا يجوز الا بالتراضي .

[قسمة المكيل والموزون]

192 ـ وانظر : فكل ما كان اصله الوزن ، فَقَسْمُه بالتحرّي (2) جائز .

---

*) القسم لغة : قال الجوهري : قاسمه المال وتقاسماه واقتسماه بينهما بمعنى واحد . والقَسْم ـ بالفتح ـ قسم المال بين الشركاء : فرّقه بينهم وعيّن أنصباءهم .

وشرعا : تعيين نصيب كل شريك باختصاص تصرف .

والأصل فيه قوله تعالى : « واذا حضر القسمة أولو القربى » النساء : 8 . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام » مالك .

وهي على نوعين قسمة رقاب الأموال ، وقسمة منافع الأموال ، وكل نوع ينقسم بدوره الى اقسام انظرها في (بداية المجتهد : 292/2) .

1) أوضح ابن شاس صفة القرعة في (الجواهر : 64/2 أ) . وتقع قسمة القرعة بعد تعديل المقسوم وتقويمه . ولا يجمع فيها بين حظي مالكين في سهم واحد إلا إذا رضيا بذلك (قوانين الاحكام : 311) .

2) التحرّي في الأشياء : طلب ما هو أحرى بالاستعمال في غالب الظن . والتحري : قصد الأوْلى والأحق (اللسان : حرى) .

وكل ما كان أصله الكيل ، فلا يجوز قسمه بالتحري ، هذا الأصل . هكذا رأى سحنون ابن سعيد ، فيما حكاه لي لقمان بن يوسف عن جبلة بن حمود عن سحنون .

[القسم بالتحري]

193 ـ وأما مذهب ابن القاسم ، فانه لا يجيز القسم بالتحري .

وذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه عن ابن الماجشون ومطرف : أن كل ما يجوز مِثْلا بمثلين فقسمه بالتحري جائز .

والخضر كلها جائز قسمها بالتحري ما خلا البصل والثوم ، من أجل أنهما لا يجوزان إلا مِثْلا بمثل .

[ما لا يقسم بالتحرّي]

194 ـ قال عبد الملك بن حبيب : كل ما لا يجوز الا مثلا بمثل من جميع الاشياء ، فلا يجوز قسمه بالتحرّي خلا قسم التمر في رؤوس النخل ، اذا اختلفت حاجة الشريكين اليه ، واللحم والخبز .

[قسمة الأرضين]

195 ـ قال محمد : وأصل قولهم في قسمة الأرضين : إنه ان اتفقت في الكرم (3) ، وتقاربت في المكان جمعت في القسم ،

وان تباعد بعضها من بعض ، واختلفت في الكرم قسمت كل ارض على حدتها (4) .

[قسمة العروض]

196 ـ قال ابن القاسم : يجمع في القسم الخز ، والديباج ، والحرير ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، والفراء .

---

3) يريد : الخصب .

4) انظر (المدونة : 247/4) .

ولا يجمع الى ذلك البسط . ولا الوسائد .

وذلك اذا كان كل صنف من الأصناف المتقدم ذكرها لا يحمل القسم خاصة .

قال عبد الملك بن حبيب : هذا شذوذ من القول . وغلط من الراوي . وحكي عن ابن الماجشون . ومطرف . انهما قالا : الخز والحرير صنف . والقطن والكتان صنف . والصوف والمزعفر (5) صنف (6) .

وأنكر سحنون قول ابن القاسم المتقدم . وقال : الصواب ما قال اشهب في هذا الأصل : ان كل ما يسلم منه واحد في اثنين فلا يجمع في القسم ،وما لا يجوز ان يسلم منه واحد في اثنين جمع في القسم .

[قسمة الدواب]

197 ـ قال ابن القاسم : وتقسم الخيل على حدة . والبغال على حدة . والحمير على حدة (7) .

[قسمة الرقيق]

198 ـ قال ابن حبيب : وليس كذلك الرقيق . وحكم الرقيق ان يقسم صغيرها وكبيرها . وفصيحها واعجميها قسما واحدا .

[قسمة سكنى الميت]

199 ـ وإذا تشاحّ الورثة في دار الميت التي كان يسكنها . قسمت منفردة . ولم تجمع الى غيرها من الدور (8) .

---

5) المزعفر : هو الذي مسه الزعفران فأصبح له رائحة طيبة .

6) مخيطة أو غير مخيطة .

وانما جاز الجمع لأنه كالصنف الواحد لأن المقصود منها اللبس . والزينة لا تعتبر شرعا . وسواء احتمل كل لقسمة على حدته أم لا (الشرح الصغير : 670/3) .

7) الا ان يتراضى الشركاء على شيء بينهم بغير سهام (ن . م : 255/4) .

8) قال ابن حبيب : « إن الرجل الشريف إذا هلك وترك دارا يسكنها وله حرمة لسكناه وترك دورا غيرها . فإن =

[قسمة الأرض ذات الزرع]

12 ـ ب | 200 ـ واذا كانت/ارض بين شريكين فيها زرع ، قسمت الأرض ، وترك الزرع بينهما مشاعا (9) .

فإن أحبا قسمة الزرع ، وكانت قسمته تستطاع بالتحري ، قُسم على أن يحصد كل واحد منهما ، فإن حصد أحدهما ، وترك الآخر حتى اسبل (10) : انفسخت القسمة ، وكان الذي أسبل بينهما ، وكان على الآخر قيمة ما حصد ، وتكون تلك القيمة بينهما .

[ما يجبر على قسمته وما لا يجبر]

201 ـ ولا يجبر الشريكان على قسم الجذع ، ولا الثوب ، ولا المصراعين ، ولا الخفين ، ولا الحبل (11) . وقالوا في الغرارتين (12) في المحمل : إنه ينظر ، فان كان قسمتهما فسادا فلا يجبر الشريك على مقاسمة شريكه فيهما (13) .

وان لم يكن فساد ، أجبر على مقاسمته .

وكل ما سبيله الكسر والتفصيل (14) ، فانه يقسم بالجبر ممن أبى من الشريكين مثل الجبنة ، والخبزة ، وما شاكلها .

كانت في القرى منها ، وتشاح الورثة في تلك الدار ، تقسم بينهم وحدها ان حملت القسم ، ويعمل في غيرها ما ينفع في القسم » (ابن راشد ، الفائق : 23/4 أ) .

9) لا تجوز قسمة الزرع حتى يحصد ، ويدرس ، ويصفى ،

ولا تجوز قسمة الأرض التي فيها زرع ، والشجر التي فيها ثمر حتى يطيب الزرع ، والثمر ، بشرط ان تقع القسمة في الأصول لا في الزروع ولا في الثمار (قوانين الاحكام : 210) .

لأنه بيع أرض وزرع بأرض وزرع وهو غير جائز (المدونة : 256/4) .

10) لا يصح ذلك لأن القسمة ها هنا بيع من البيوع (المدونة : 175/14) .

11) ورد ذلك من أحكام أخرى في (المدونة : 180/14 ـ 181) .

12) اختلف في الغرارتين على ثلاثة اقوال : قال ابن وهب : لا تقسم قياسا على الخرج ، وعكسه لاشهب ، والقول الثالث ما ذكره المصنف (ابن ناجي على الرسالة : 310/2) .

13) اذا تنازع الشركاء في ما لا ينقسم واصروا وطلب احدهم البيع ، فانه يجبر الباقين على موافقته ، إلا أن يكون بيع حصته منفردة لا ينقص من حصته من ثمن الجميع ، كالفنادق والديار الكثيرة وشبهها فلا يجبر من أبى البيع ان يبيع (جواهر ابن شاس : 64/2 ب) .

14) يعني : ما كان قابلا للقسمة .

[طروء الدين بعد قسمة التركة]

202 ـ والأصل في الدين يطرأ على الميت بعد اقتسام الورثة : ان القسم ينفسخ (15) ، وما نزل فيا اخذه بعض الورثة من نصيبه ، فهو من جميعهم .

وان أصاب الغريم الطارىء بعض المال بيد بعض الورثة ، وبعض الورثة قد انفق نصيبه ، وهو عديم ، فانه يأخذ جميع ما يجد بيد من كان من الورثة مليا ، ثم يتابع المليُّ المأخوذُ من يده المالُ المعْسرَ الذي أتلف ما اخذه من مال الميت(16) .

[اختلاف الورثة في إخراج الدين]

203 ـ وان قال بعض الورثة : يخرج ما ينوبنا من هذا الدين ، وقال بعضهم : بل نفسخ القسم ، فالقول قول من دعا الى الفسخ . هذا كلام ابن القاسم .

وقال سحنون : لا تنفسخ القسمة اذا طرأ الدين .

قال ابن عبدوس : ولكن ينظر ما الدين من جميع التركة ، فيرجع باسم ذلك الجزء في حصة كل واحد من الورثة (17) .

[ما يفسد وتزول منفعته بالقَسْم]

204 ـ ومذهب مالك انه يقسم بين الشريكين ما كان بينهما ، وان كان انما يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به .

وأصحاب مالك كلهم على خلافه في هذا الأصل ، حاشى ابن كنانة فانه يوافقه على مذهبه (18) .

---

15) هذا قول ابن القاسم الذي ذكر ابن رشد انه المشهور في المذهب . ولا يكون نقض القسمة بالدين الطارىء اذا امتنع الورثة من اعطاء الدين من عندهم (بداية المجتهد : 2/234) .

16) من هلك حظه بامر سماوي ، فلا يرجع عليه بشيء من لدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بايديهم بعد اداء الدين (بداية المجتهد : 2/303) .

17) انظر (اللباب لابن راشد : 191) .

18)عمدة مالك في ذلك قوله تعالى « مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا » النساء : 7 .

[العيب في المقسوم]

205 ـ واذا قسم الشريكان دورا وعروضا فاطلع احدهما في نصيبه على عيب ، فانه ان اطلع على العيب في جميع نصيبه أو في اكثره ، فانه يرده ، وتفسخ القسمة (19) :

فإن كان إنما ذلك العيب في الأقل ، لم تفسخ بذلك القسمة ، ورد الذي وجد به العيب فكان بينهما ، ورجع بنصف قيمته على شريكه (20) .

[قسمة مال العبد]

206 ـ واذا دعا احد الشريكين الى قسمة مال العبد الذي بينهما ، لم يكن ذلك له الا ان يرضى بذلك صاحبه ، ولذلك قالوا : لا يجوز ان يبيع احد الشريكين في العبد نصيبه منه ، الا ان يستثني المشتري حصته من المال فيدخل مدخل البائع منه .

[قسمة الثوب المشترك]

207 ـ وإذا كان ثوب بين رجلين فدعا أحدهما الى قسمته ، لم يكن له ذلك ،

ولكن اذا دعا الى بيعه كان من حقه ذلك ، فاذا وقف على ثمن ، فاذا شاء الذي لا يريد البيع ان يأخذه بذلك الثمن أخذه(21) .

---

19) انما تفسخ القسمة اذا فات النصيب المعيب ، وتعاد الشركة الى اصلها ، اما اذا لم يفت النصيب رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة ، واخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه (بداية المجتهد : 302/2) .

20) لا يرجع الشريك في هذه الحالة بشيء مما في يد شريكه وان كان قائما بالعيب .

وفرق عبد العزيز بن الماجشون بين قسمة القرعة وبين قسمة المراضاة ، فالأولى تفسخ للعيب والثانية لا تفسخ (ن ، م) .

21) وإذا لم يرغب الذي لا يريد البيع في اخذه بذلك الثمن ، فانه يباع (المدونة : 257/4) .

باب الاجارات (*)

[أنواع الاجارات]

208 ـ قال محمد : أصل الكلام في الاجارات على بناء البنيان ، وحفر الآبار . وما أشبه ذلك ، ان ذلك ينقسم على ثلاثة أوجه :

- على المجاعلة (1) ،
- والمواجرة ،
- والضمان (2) .

فما كان على وجه الجُعلِ ، فلا شيء له من جعله الا بالتمام والفراغ ، وما انهدم من قبل ذلك ، أو انهار ، أو فسد ، فلا شيء على المصنوع له من ذلك الجعل .

وما كان منه على وجه الاجارة ، فما عمل من شيء فله بحسابه على جملة ما عامله عليه ، ان حال دون التمام حائل ،

(*) الاجارة لغة مأخوذة من الاجرة ، وهو العوض وهي والكراء شيء واحد ، لكنهم اطلقوا لفظ الاجارة على عقد منافع الآدمي ، وما ينقل من غير السفن والحيوان ، واطلقوا الكراء على عقد منافع ما لا ينقل كالأرض والدور ، وما ينقل من سفينة وحيوان .

وشرعا : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض (الشرح الصغير : 5/4 ـ6) .

1) المجاعلة : هي نوع من الاجارة ، بهي عقد معاوضة . على عمل آدمي بعوض لا يجب الا بتمامه لا ببعضه (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 146/2) .

2) يسمى أيضا حمالة وكفالة . وهو شرعا . .تزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، أو طلبه من عليه لمن هو له أو شغل بما يدل عليه (الشرح الصغير : 429/3) .

[13 ـ] وما كان/على وجه الضمان ، فان سبيله سبيل الدين ، يؤخذ باتمامه ولكماله في ذمته ، وماله .

ومن أصلهم في الاجارات : أنها لا تجوز الا الى أجل معلوم ، وفي عمل شيء بعينه (3) .

[الاجارات كالبياعات]

209 ـ والاجارات حكمها حكم البياعات في تصرف الوجوه (4) .

[شروط الجُعْل]

210 ـ والجعل أصله : أن يجوز في المجهول فيما قل من الأشياء ، ولا يجوز فيما كثر ،

ولا يجوز ان يكون الجعل في نفسه مجهولا (5) .

[استئجار الطبيب]

211 ـ والاستئجار للطبيب ، انما هو على البرء (6) ، الا أن يكون رجلا لا علة به ، فيستأجره على كحل مضمد او دواء مذكور ، فيجوز ذلك .

[ما لا تجوز الاجارة فيه]

212 ـ كل ما لا يجوز للانسان أن يفعله ، فلا يجوز له أن يؤاجر نفسه على فعله ، فان فعل ، فلا اجرة له في ذلك .

---

3) من شروط الاجارة ان يكون الثمن معينا (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 145/2) .
4) تنعقد الاجارة بما يدل على الرضا ، ولذا تكون بالمعاطاة
وشرط صحة الاجارة أن يكون عاقدها مميزا ، وشرط لزومها التكليف .
ويشترط في الأجر ان يكون معلوما طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه (حاشية الأمير : 245/2) .
5) انظر هذه الشروط في (قوانين الاحكام : 203)
6) اعتبر ابن عبادة استئجار الطبيب على البرء جعلا ، وقال عبد الوهاب : يجري ذلك عند اصحابنا مجرى الجعل زروق على الرسالة : 150/2) .

[مراعاة العرف عند الاختلاف]

213 ـ كل ما تشاحّ فيه الأجير والمستأجر ، حملوا فيه على سنة الناس وما تعارفوا في ذلك (7) .

[المعاملة على جزء مما لا كراء فيه]

214 ـ كل ما لا يجوز كراؤه ، فالمعاملة فيه على جزء مما يخرج منه جائزة .

وكل ما يجوز كراؤه ، فلا تجوز معاملته على جزء يخرج منه .

[العارض الذي تنفسخ به الإجارة والكراء]

215 ـ وكل من استأجر شيئا ما كان فعرض فيه عارض منعه من التمادي على ما استأجر به ، فانه تنفسخ الاجارة ، والكراء .

[ضمان صاحب الدابة]

216 ـ واذا عثرت الدابة المستأجرة (8) فكسرت ما عليها ، فلا يلزم ربها ضمان شيء من ذلك ، الا ان يكون غرّه من العثار ، فيضمن (9) .

ولا يكون على رب الحمل أن يأتي بغير ذلك الحمل ، وينفسخ الكراء بينهما ،

---

7) مثال الاختلاف بينهما : ان يطالب الخياط صاحب القماش بالخيط فيمتنع من تنديه ، أو أن يطالب البَناء بآلة البناء ؛ ففي الصورتين يعمل بالعرف ، فإن لم يكن عرف فإن الخيط يكون على رب الثوب ، وآلة البناء تكون على رب الجدار .

ومثاله أيضا ان يطالب مستأجر الدابة بسرجها ولجامها فيمتنع صاحبها من ذلك فإنه يعمل بالعرف ، فإن لم يكن عرف فعلى رب الدابة أن يحضر للمستأجر ذلك(الشرح الصغير والصاوي : 39/4) .

8) مثل الفقهاء لها : أن تعثر الدابة بدهن أو غيره أو تعثر بآنية ، أو ينقطع الحبل الذ .ربط به الشيء وذلك لأنه أجير ، والأجير لا يضمن الا أن يتعدى (الشرح الصغير : 42/4) .

9) اذا كان يعرف أنه غرر في رباطه أو حرف صاحب الدابة بها حتى زاحمت ، او كان يعرف ان دابته ربوض (*) ، فانه يضمن ، وان لم يعرف من ذلك شيئا ، فلا يضمن (المدونة : 414/3) .

*) الدابة الربوض : التي تبرك أثناء المسير (أقرب الموارد : ربض) .

وانما يلزم المكتري الكراء ، ويقال له : ألا قلت ، فإنه يحمل ، وإن شئت فدعها .

وأغرم الكراء على كل حال إذا أتلف الحمل بأمر من أمور الله عز وجل ، من غير سبب الدابة ، ولا المكاري ، مثل ان يسيروا ويسلبه اللصوص ، او ما اشبه ذلك (10) .

[ضمان ما تحمله السفن]

217 ـ وقد اختلف اصحاب مالك فيما تحمله السفن ، اذا عطبت الأحمال في بعض البحر ، أو عرضها عارض منعها من البلوغ .

فمذهب ابن القاسم ، وأراه يرويه عن مالك : أن كراء السفن إنما هو على البلاغ ولا شيء لربها ، الا ان يبلغ الموضع (11) .

وذهب ابن نافع : الى ان حكمها حكم البر ، ما سارت ، فلربها بحساب ذلك (12) .

وذهب أصبغ الى انه ينظر :

فإن كان لم يزل مُلْجِئًا(13) حتى عطب ، لم يدن مكانا يمكنه النزول فيه ، عامرا لا يخاف على أحماله فيه ، ولا نفسه شيئا ، ولا يمكنه منه التقدم الى الموضع الذي اكرى اليه آمنا ، أو لم يحاذه ، فلا شيء له من الكراء .

وإن كان قد أدرك مثل هذا المكان ، ودخله ثم خرج منه ، أو حاذاه ، أو أمكنه دخوله ، فتركه ، فله من الكراء بحساب ذلك الموضع (14) .

---

10) قال مالك : اذا ادعى الأجير السرقة في البز والعروض ، أو ادعى تلف المتاع صدق ، وأما في الطعام والادام ، فالقول قول رب الطعام والادام .

اما ابن وهب فيرى على الأجير الجمال ضمان ما ضيع (المدونة : 437/3) .

11) لأن المغرق أمر سماوي فلا يضمنه صاحب السفينة (ن ، م : 438) .

12) انظر (ن ، م)

13) لجّج بالمكان : لزمه (اقرب الموارد : لجج) .

14) اذا غرقت السفينة بفعل سائغ كنشر القلع ومشي في الريح او الموج فلا ضمان عليه في نفس ولا مال ، وان غرقت بفعل لا يسوغ في سيرها او حملها ضمن . وان تعمد الفعل فالقصاص (الشرح الصغير : 45/4) .

[ضمان ما يحمله الاجراء]

218 ـ وكذلك ما استحمله الاجراء في المدن على ظهورهم ، او على دوابهم ، فيعرض لما يحملونه ما يكسره انه لا شيء لهم من الكراء . ولا يلزم صاحب الحمل ان يأتي بغيره (15) .

وقال غير ابن القاسم من اصحابه : يلزمه ان يأتي بغير ذلك الحمل الى الأجير فيحمله ، والكراء له لازم .

[كراء الدار مشاهرة]

219 ـ وكل من اكرى داره مشاهرة ، فلرب الدار ان يخرجه متى شاء ، وللمكتري ان يخرج متى شاء (16) .

قال ابن الماجشون مثل ذلك ، الا انه قال : يلزمهما الشهر الأول .

[تنظيف المراحض في الدور المكتراة)

220 ـ واختلفوا في كنس مراحض الدور المكراة على من يجب ،

فقال ابن القاسم في أمهاته : على ارباب الدور ،

وروى عنه أبو زيد ابن أبي الغمر : إن كنسها على الساكن ، الا ان تكون الدار من دور الفنادق التي يخرج قوم ويدخل قوم ، فيكون الكنس على رب الدار (17) .

قال عبد الملك بن حبيب : يحملون في ذلك على سنة الناس ببلدنا ، وسنتهم ببلدنا أن يكون ذلك على رب الدار .

---

15) انظر : (المدونة : 440/3) .

16) قال ابن رشد : اذا عقد الكراء لمدة معينة معلومة لزم العقد الطرفين جميعا ، ولم يكن للمكتري ان يخرج ولا لصاحب الدار ان يخرجه قبل تمام المدة ، الا ان يشترط المكتري ان يخرج متى شاء فيجوز ذلك ما لم ينقد بشرط ولا طواعية لانه كراء بخيار (المقدمات : 445/3) .

17) انظر (بداية المجتهد : 257/2) .

[انهدام الدار المكتراة]

221 ـ وما حدث في الدار المكتراة (18) من وَهْيٍ أو انهدام ، لم يجبر رب الدار على اصلاحه ، وانما يكون ان ينفسخ الكراء اذا كان الانهدام في جميع الدار أو اكثرها .

| 13 ـ ب | /وإن كان في أقلها ، لزمه الكراء ، وحط عنه ما ينوب ذلك المنهدم . هذا مذهب ابن القاسم .

وخالفه غيره من أصحابه ، وقال : يلزمه اقامة ما انهدم ، وتهيئة ما رث (19) ، وهو ككنس المرحاض ، اذا امتلأ .

[كراء الأرض المأمونة]

222 ـ والأصل في كراء الأرض المأمونة (20) : انه جائز ، وأن النقد فيه جائز .

وان كانت أرض مطر فإن اكتراها سنة فانما السنة في ذلك انقضاء الزرع ، ان كانت من أرض الزرع ، وإن كانت مما تعمل السنة كلها مثل المباقل وما اشبهها ، فان السنة اثنا عشر شهرا (21) .

[كراء الأرض بالطعام]

223 ـ ولا يجوز ان تكرى الأرض بشيء من ضروب الطعام ، كان مما يخرج منها أو مما لا يخرج منها ، هذا مذهب ابن القاسم وغيره من أصحابه ، حاشى المغيرة المخزومي ، فانه اختلفت الرواية عنه في ذلك .

---

18) الكراء :« هو عقد على منافع غير أدمي ، أو ما يبان به وينقل » فيدخل (بغير ادمي) كراء الرواحل والدواب (وبما يبان به وينقل) غير الدواب والارضين (زروق على الرسالة : 148/2) .

واحكامه كلها كالاجارة (قوانين الاحكام : 203) .

19) في هذه المسالة تفصيل . انظره في (الشرح الصغير والصاوي : 70/4 ـ 71) .

20) الأرض المأمونة هي المتحقق ريها عادة كمنخفض ارض النيل ، وكالمعينة وهي التي تسقى بالعيون والآبار ، وكالارض المتحقق ريها بالمطر (الشرح الصغير والصاوي : 61/4) .

21) يجوز كراء الأرض المأمونة سنين كثيرة كالثلاثين والأربعين ولو اشترط النقد لعدم التردد بين السلفية والثمنية (ن ، م) .

ففي رواية سحنون منه : لا بأس بكرائها بطعام لا يخرج منها .

وفي رواية يحيى بن عمر الاندلسي : لا يجوز مثل كلام ابن القاسم متندما (22) .

[كراء الأرض غير المأمونة]

224 ـ واذا كانت ارض المطر غير مأمونة لم يجز أن تكرى بنقد حتى تروى ريًّا بليغا ، ولا بأس ان تكرى من قبل ان تروى بلا نقد (23) .

[غرق الأرض المزروعة]

225 ـ ولو اكترى ارضا فزرعها فغرقت بعد الزرع . فان كان غرقها في حين لو انكشف عنها قدر أن يزرعها ، فلا كراء عليه ،

وان كان قد فات ابان الزراعة ، فالكراء عليه واجب .

[ضمان الجوائح في الأرض المكتراة]

226 ـ وما أتى على هذه الارض المكتراة من جميع الجوائح ، فهو من المكتري والكراء له لازم ، حاشى احتباس المطر ، ان كانت ارض مطر ، فان المصيبة في ذلك من رب الأرض ، ولا كراء له ، كان ذلك في ابان الزريعة أو بعد ذلك (24) .

---

22) المشهور في المذهب والذي عليه الجمهور من اصحاب مالك : ان الأرض تكون بالعروض والعين وغيرهما ، غير شيئين :

ـ الطعام سواء كان مما تنبته كالحنطة او مما لا تنبته كالعسل .

ـ ما تنبته ولو لم يكن طعاما كالقطن والكتان الا القصب والصندل والخشب .

وقال ابن كنانة : كل شيء ان اعيد فيها نبت لم يجز ان تكرى به .

وقال سحنون : اذا وقع الكراء بجزء مما يخرج منها عد ذلك جرحة في المكري .

ويفسخ الكراء الواقع بجزء مما يخرج منها وان فات كان لرب الأرض كراء مثلها دراهم .

انظر (حاشية الأمير : 248/2 ؛ لباب اللباب : 222 ؛ العقد المنظم للحكام لابن سلمون : 285/1) .

23) إذا اشترط النقد لم يجز وإن لسنة ، للتردد بين السلفية والثمنية . واما النقد تطوعا بعد العقد فهو لا يضر (الشرح الصغير : 61/4) .

وانظر تعليل ذلك في (الصاوي على الشرح المذكور : 61/4) .

24) انظر تفصيل ذلك في (الشرح الصغير : 68/4 وما بعدها) .

باب القراض (*)

[بماذا يكون القراض]

227 ـ قال محمد : أصل القراض عند مالك وأصحابه ، انه لا يكون الا بالدنانير والدراهم .

ولا يجوز بنقار الذهب والفضة (1) ، ولا بالفلوس ، ولا بالعروض ولا بدين له عليه ، فان فعل فله أجر فعله في بيع الفلوس (2) والعروض والنقد وما اشبه ذلك (3) ، ويكون فيا بعد ذلك على قراض مثله .

---

*) لغة : مأخوذ من القرض وهو القطع ، لأن رب المال قطع العامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح ويسمى مضاربة أيضا .

وشرعا : دفع مالكٍ مالاً من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه قل أو كثر بصيغة دالة على ذلك (الشرح الصغير : 681/3 و 952/4) .

1) النقار : جمع نقرة وهي قطع الذهب او الفضة التي لا تكون مضروبة . وقد حكى أبو الحسن اللخمي في جواز القراض بها في البلد الذي يتعامل اهله بالمسكوك روايتين . اما اذا كان التعامل بها بين الناس فيجوز أن تكون راس مال في القراض باتفاق(الجواهر لابن شاس : 65 أ) .

2) منع ابن القاسم القراض بالفلوس واجازه أشهب في احدى الروايتين عنه . واما الدراهم المغشوشة فقد قال القاضي أبو محمد بمنع القراض بها . واستثنى القاضي أبو الوليد ما كان منها مسكوكا في بلد يتعامل اهله بها مستشهدا على ذلك بانها صارت عندهم أصول الاثمان ، وقيم المتلفات ، وباتفاق اصحاب مالك على تعلق الزكاة بعينها مما يدل على اعطائها حكم العين (ن ، م) .

3) وكذلك لا يجوز أن يقارضه على دنانير بيده رهنا حتى يردها اليه (ن ، م) .

[فساد القراض]

228 ـ وكل قراض فسد في أصله لزيادة لا تحل ، أو لتحضير لا ينبغي ، فحكم العامل ان يكون اجيرا في المال ، له اجر مثله ، والربح لرب المال ،

وما سوى ذلك من انواع المكروه ، والفساد ، فانه يرد فيه الى قراض مثلـه ، حاشى مسألتين :

الواحدة: إذا دفع اليه مالا ، واشترط عليه ضمانه ، فانه يرد الى قراض مثله ممن لا ضمان عليه .

والأخرى : إذا دفع اليه مالاً يمسكه سنة فقط ، فإنه يرد الى قراض مثله (4) .

[نفقة العامل في القراض]

229 ـ وكل عامل في القراض ، فليس له منه نفقة ، الا ان يَشْخَصَ به في سفر ، فتكون له النفقة ، ذاهبا وراجعا ، وتكون له الكسوة في السفر البعيد (5) .

[واجبات العامل في القراض]

230 ـ ومن الواجب على العامل في القراض ألا يستأمن على المال احدا ، ولا يودعه ، ولا يشاركه فيه ، ولا يبضع (6) ، ولا يبيع بدين الا باذن رب المال ، فان فعل شيئا من ذلك فهو له ضامن .

---

4) قال ابن القاسم وغيره في القراض الفاسد : إنه يرد تارة الى قراض المثل وتارة الى اجر المثل . واختلف في تفصيل ذلك على ثلاثة طرق : احداها ما ذكرها ابن حارث اعلاه (ن ، م) .

5) قال ابن القاسم : الا ان يقيم اقامة يحتاج فيها الى كسوة (ن ، م ؛ المدونة : 49/4) .

6) منع مالك المقارض أن يبضع والا فهو ضامن . وأجاز ذلك ابن القاسم إذا أذن في ذلك رب المال (المدونة : 103/5) وانظر (تنوير الحوالك : 181/2) .

[تصرف العامل الجائز]

231 ـ وله ان يسافر به (7) ، وان يزرع ، وأن يساقي إذا كان في موضع لا ظلم فيه .

[الاشتراط على العامل]

232 ـ وانظر : فكل ما عامله عليه بعد الدفع ، أو اشترطه ، أو استزاده مما استدركه :

فإن كان قبل أن يُشغِّله ويحرِّكه ، فان ذلك لا يحل ، ويكون حكم ذلك حكم ما شترطه في حين الاعطاء ، من اجل ان له ان يقبضه منه ، ويمنعه من حركته .

[شراء العامل لنفسه بمال القراض]

233 ـ وحكم العامل ، اذا اشترى لنفسه شيئا بمال من القراض ، فان الربح لرب المال ، والخسارة من العامل (8) .

[القراض الفاسد]

234 ـ قال محمد : كل قراض فاسد (9) فمتى اطلع عليه ، فحكمه الفسخ ، عمل العامل أو لم يعمل ، كان مما يرد فيه الى قراض مثله ، أو الى أجرة مثله ، وهو خلاف المساقاة ، بفسخ ما تعاقداه من المعاملة الفاسدة قبل العمل .

---

7) ورد في المدونة عن مالك : انه له ان يسافر به ويتجر به في اي المواضع شاء اذا دفع اليه رب المال ولم يأمره ان يتجر به في مكان معين الا ان يكون نهاه عن السفر (المدونة : 63/4) .

وقال ابن حبيب : السنة ان لا يسافر العامل برأس المال الا ان يأذن له صاحبه ، فان سافر به بعد التحجير كان ضامنا له (الجواهر لابن شاس : 65 أ) .

8) اذا خاطر العامل بالمال في موضع ظلم او عدو يرى ان مثله قد خاطر به ، فانه يضمن ، واما اذا كان في موضع امن وعدل ، فلا يضمن اذا خسر (المدونة : 63/4) .

9) انواع القراض الفاسد كثيرة منها اشتراط رب المال يده مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء ، او اشتراط امين عليه الخ (انظر : ن . م : 686/3 وما بعدها) .

فإذا أخذ في العمل : فسخ ما يُرَدُّ فيه الى اجارة مثله ، ومضى على عمله فيما يُرَدُّ فيه الى مساقاة مثله .

/وكل ما حكيته في هذا الباب من قراض المثل وأجرة المثل اذا كانت المعاملـة في | 14 ـ أ
القراض في أصلها فاسدة ، وهو مذهب مالك وابن القاسم .

واما عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون فيقول : انه في جميع ذلك أجير .

وعبد الملك بن عبد العزيز واشهب يقولان في جميع ذلك : يرد الى قراض المثل .

باب الشركة بالتراضي (*)

[انعقاد الشركة بالأموال أو بالأعمال]

235 ـ قال محمد : الأصل في الشركة انها لا تنعقد الا بأحد وجهين :

إما بالأموال (1) . وإما الأعمال (2) .

ولا يجوز أن يقول الرجل لصاحبه : تعالَ نشتركْ على أن ما اشتريتُ أنا فهو بيني وبينك ، وما اشتريت انت فهو بيني وبينك ، أو اعملْ أنت في ناحية ، وأنا في أخرى ، فما أصاب كل واحد منا ، فهو بينه وبين صاحبه ،

---

*) الشركة لغة : الاختلاط والامتزاج .

وشرعا : ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح وعبر عنها أيضا بـ (اذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في ان يتصرف في ماله أو ببدنه ، له ولصاحبه مع تصرفهما لانفسهما أيضا) (مواهب الجليل : 117/5) .

1) الشركة بالأموال هي عقد مالكَيْ مالين فأكثر على التجر فيهما معا ، وهي جائزة لقوله عليه السلام فيما يرويه عن ربه « أنا ثالث الشريكين ما لم يخُنْ أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما » أبو داود والبيهقي .

وهي على نوعين : عنان ومفاوضة .وسيأتي الكلام عليهما .

2) ولا تجوز الشركة بالأعمال الا اذا اتحدت صنعة الشريكين أو تقاربت .

قال خليل : « وجازت بالعمل اذا اتحد او تلازم وتساويا فيه أو تقاربا وحصل التعاون » (الفواكه الدواني : 130/2) .

إلا أن يحضرا جميعا في مكان (3) فيشتريا السلع وتنعقد الصفقات عليهما ، فيكون ذلك من ضرب شركة العنان (4) .

[شركة العنان]

236 ـ شركة العنان : الشركة في شيء ظاهر .عنّ لك الشيء اذا ظهر، لا من شركة المفاوضة (5) ، حتى يستحكم بايديهما من ذلك ما يريدانه ، فينقلان حكمهما الى شركة المفاوضة .

[عقد الشركة]

237 ـ والأصل في عقد الشركة : أنه لا يحل أن يفضل أحدهما صاحبه على مقدار ماله (6) أو عمله ،

فإن فعل كان الربح بينهما على مقدار رؤوس الأموال أو على قدر الأعمال ، ورجع من له الفضل في العمل على صاحبه باجرة مثله .

---

3) اتحاد المكان في شركة الأبدان اعتبره ابن ابي زيد في رسالته شرطا تبعا للمدونة .

وذهب خليل الى جوازها وان بمكانين تبعا للعتبية . ولبعض الشيوخ توفيق بين الرأيين انظره في (ن ، م : 130/2) .

4) شركة العنان هي أن يشترك الشريكان ويتفقا على ألاّ يتصرف أحدهما بغير إذن الآخر . واذا تصرف أحدهما بدون اذن صاحبه كان له رده .

واذا اتفقا على أن يكون لأحدهما دون الآخر تصرف مطلق ، فقيل : إنها شركة عنان في المقيد ، ومفاوضة في المطلق ، وقيل بفساد هذه الشركة وهو الظاهر (أسهل المدارك : 357/2) .

5) شركة المفاوضة هي التي يطلق فيها كل من الشركاء حرية التصرف للآخر : في البيع والشراء والكراء والاكتراء في الغيبة والحضور (ن ، م) .

وإذا لم تقيد الشركة بالعنان ولا بالمفاوضة بنص صريح ينظر: هل تقوم قرينة دالة على العنان او المفاوضة فتحكم ، فان لم تقم قرينة اعتبرت الشركة عنانا (الصاوي على الشرح الصغير : 464/3) .

6) هذا شرط يشترط في شركة المال ، وهو يقتضي ان يكون الربح بين الشريكين على حسب نصيب كل منهما من المال (أسهل المدارك : 357/2) .

وذلك لأن الربح نماء المال ، فيجب ان يكون على قدره ، ولا يجوز اختلاف رأس المال مع التساوي في الربح لأن ذلك ينافي مقتضى الشركة (مسالك الدلالة : 243) .

[ما يلزم الشريك من تصرف شريكه]

238 ـ وكل ما لزم احد الشريكين من احكام المعاملة خاصة ، فيما اشتركا فيه فقط ، لزم صاحبه معه (7) .

[الاشتراك بالآلة]

239 ـ واذا ارادا ان يشتركا في الأعمال ، وعند احدهما اداة .
فإن كانت الأداة لها خطب ، فلتكن حصة صاحبه بثمن ، ثم يشتركان بعد ذلك (8) .

وان كانت الاداة التافهة التي لا قدر ها . فجائز از شتركا على ان يلغيها صاحبها .

[المزارعة في الأرض الزهيدة]

240 ـ وكذلك قال مالك في الأرض الزهيدة اذا اراد صاحبها ان يشارك رجلا في الزريعة : لا بأس ان يلغيها اذا كان لا كراء لها ولا خطب ، ثم يستويان فيما بعد ذلك .

[الشركة بالسلع]

241 ـ والشركة بالسلع على القيم جائزة .

[الشركة بالطعام]

242 ـ وكره مالك الشركة بالطعام (9) . وأجازها ابن القاسم اذا اتفق الطعامان في

---

7) السر في هذا اللزوم ان طبيعة عقد الشركة تقتضي ان يكون كل شريك وكيلا عن الآخر في أمور الشركة بحيث « يتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال الشركة » (بداية المجتهد : 211/2) .

8) إذا كانت الآلة لأحد الشريكين وآجر الآخر نصفها ، فقيل ذلك جائز ، والمعتمد ان ذلك غير جائز ابتداء ويصح بعد الوقوع (الفواكه الدواني : 131/2) .

9) لا تصح الشركة اذا اخرج كل شريك طعاما ، ولو اتفق الطعامان نوعا وصفة وقدرا ، لأن ذلك يؤدي الى بيع الطعام قبل قبضه ، اذ يكون كل شريك باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه دون ان يحصل قبض لبقاء يد كل شريك على ما باع . فاذا باعه لاجنبي يكون كل واحد بائعا الطعام قبل قبضه حتى ولو حصل خلط الطعامين (الفواكه الدواني : 131/2) .

الجودة ، فان اختلفا لم تجز الشركة حينئذ ، لا على الكيل ولا على القيْم.

فإن اشتركا على ذلك ، فإن لكل واحد منهم ما باع به طعامه ، هو رأس ماله ، وعلى مقداره يقتسمان الربح .

[الشركة بالدنانير]

243 ـ والشركة بالدنانير والعروض جائزة ، وبالدنانير والطعام .

ولا تجوز بالدنانير من احدهما والدراهم من الآخر ، لانها شركة وصرف (10) .

فإن فعلا فلهذا رأس ماله من الذهب ، ولهذا رأس ماله من الفضة ، ويكون قَسْمُ الربح للعشرة من الدنانير دينار ، وللعشرة من الدراهم درهم .

وكذلك الوضيعة ، وهذا مذهب ابن الناسم .

وقال غيره من أصحابه : ان عرف ما اشترى كل واحد منهما بماله : كان له ، ولم تكن بينهما شركة ، ورجع من له الفضل في العمل على صاحبه باجرة ذلك ،

وإن لم يعلم ، كان حكم ذلك حكم الاشتراك بالطعامين المختلفين إذا أخلطاهما يكون لكل واحد قيمة طعامه .

وكذلك هذا يعرف مقدار الدنانير من الدراهم ، ثم تكون الشركة بينهما على ذلك الحساب ، ومن كان له فضل في العمل رجع به على صاحبه .

[ما لا يلزم الشريك من تصرف شريكه]

244 ـ وكل ما فعله احد الشريكين في المال من معروف ، فانه في نصيبه خاصة لا يلزم شريكه منه شيء ، الا ان يكون من أسباب التجارة ومما يجتر المنافع فيها (11) .

---

10) انظر (ن ، م) .

11) قال في المدونة : « ليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة الا ان يوسع له في ذلك شريكه أو يكون =

[الشركة في الحرث]

245 ـ وأصل القول في الاشتراك في الحرث ، انه اذا كانت الزريعة بينهما نصفين ، وكان ما يخرجه احدهما مثلا لما يخرجه الآخر ومكافئا له ، جازت الشركة (12) .

[14 ـ ب] وقد كان/مالك يقول : لا تجوز الشركة في الحرث ، حتى يكونا شريكين في كل شيء (13) .

والذي لا يجوز البتة في مذهب مالك ، ولا في مذهب احد من اصحابه ، ان تكون الأرض من عند احدهما ، ومن عند الآخر البذر ، لما يدخل في ذلك من كراء الأرض بالطعام (14) .

[المغارسة]

246 ـ وأصلهم في المغارسة : أن يدفع اليه أرضه يغرسها شجرا معلومة الجنس ، فإذا بلغت كذا وكذا سعفةً ان كانت نخلا ، أو الى حد كذا وكذا مما يعرفه أهل المعرفة بالاشجار ، فالأرض والاشجار بينهما نصفين .

فان لم تكن الأرض بينهما ، فلا يجوز .

= شيئا خفيفا ... والعارية منْ المعروف الذي لا يجوز لأحدهما ان يفعله في مال الشركة الا باذن صاحبه الا ان يكون أراد به استئلاف التجارة ،

وإن وهب أحدهما أو أعان على المعروف ضمن حصة شريكه ، إلا أن يفعل ذلك للاستيلاف فلا يضمن (مواهب الجليل : 127/5) .

12) يقول عبد الله بن ابي زيد : « الشركة في الزرع جائزة إذا كانت الزريعة منهما جميعا والربح بينهما ، كانت الأرض لأحدهما والعمل على الآخر . أو العمل بينهما واكتريا الأرض ، أو كانت بينهما » (الثمر الداني : 473 ـ 474) .

13) اذا كانا شريكين في كل شيء ، وكان الربح بينهما على التساوي ، حصل التساوي في الشركة ، ولم يأخذ أحدهما حق صاحبه (مسالك الدلالة : 247) .

14) روى حنظلة بن قيس انه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال : « نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض » . قال : فقلت بالذهب والفضة . قال : إنما نهي عنها ببعض ما يخرج منها أما بالذهب والفضة فلا باس » البخاري ومسلم .

باب الشركة الداخلة بغير تراض

[استحقاق الأرض بعد البناء فيها]

247 ـ قال محمد : أول مسائل هذا الباب : الرجل يبني بوجه شبهة في أرض في يديه ، ثم يأتي من يستحقها (*) .

فيقال له : ادفع قيمة البناء قائما فيأبى ، ثم يقال للباني : ادفع قيمة الأرض براحا فيأبى ، فالحكم بينهما ان يكونا شريكين في الأرض ، هذا بقيمة أرضه براحا ، وهذا بقيمة بنيانه قائما (1) .

[استحقاق الثوب أو الغزل]

248 ـ وكذلك لو كان ثوبا أبيض فصبغه ، أو خاما فقصره (2) ، أو غير مخيط فخاطه ، على ما فسرت لك من حكم البناء .

---

*) الاستحقاق : عرفه ابن عرفة بما يلي : « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض » (حدود ابن عرفة : 256) .

1) عدد ابن جزي المسائل التي يخالف فيها حكم الغصب حكم الاستحقاق ، وذكر منها هاته المسالة قائلا : (ان كان قد بني بها فليس للمستحق هدم البناء بل يقال للمستحق : تعطيه قيمة بنائه قائما لا منقوضا ، فان ابى قيل للآخر : اعطه قيمة أرضه دون البنيان ، فان أبى كانا شريكين . هذا بقيمة أرضه وذاك بقيمة بنيانه (قوانين الاحكام : 363) .

وقال خليل : « وان غرس أو بنى قيل للمالك : اعطه قيمته قائما فان أبى فله دفع قيمة الأرض الا المحبسة فالنقض » .

فلا يكون لمن بنى في الأرض المحبسة إلا حمل أنقاضه ان لم يوجد من يعطيه قيمتها (مواهب الجليل : 5/300 ـ 301) .

2) قصر الثوب : دقه وبيضه ، وهو قصّار . والصناعة : القصارة (أقرب الموارد : قصر) .

وكذلك ان كان غزلا فنسجه .

وكذلك اذا أفلس (3) ، فقام بائع الثوب (4) فألفاه مصبوغا أو مخيطا أو مقصرا ،

فانه يقال له : ادفع قيمة الصبغ وخذ ثوبك ، فان أبى قيل للغرماء ادفعوا اليه ثمن ثوبه ، فان أبوا كانوا شركاء البائع بقيمة ثوبه ، والغرماء بقيمة صبغهم .

وكذلك إذا دفع الصناع : مثل الحائك أو القصار ، ثوبا الى غير ربه ، فصبغه المدفوع اليه او خاطه ، ثم اتى ربه وابى ان يضمن الصناع ، يكون الحكم بينه وبين الذي صبغه او خاطه على ما تقدم من التفسير .

هذا الذي ذكرته من أمر الثوب مع الذي صبغه اذا لم يرد تضمين القصار ، هو كلام بعض الرواة .

وأما ابن القاسم وسحنون فانما يقولان : ليس لرب الثوب الا واحد من اثنين : إما أن يضمن القصار ، وإما أن يدفع أجر الصبغ .

قال سحنون : فان ضمن القصار كان الحكم بين القصار وصابغ الثوب على ما فسرنا متقدما من الشركة في جميع هذا الأصل .

[ضمان الصناع الذين لهم وجه شبهة]

249 ـ وكذلك مسألتهم في كتاب تضمين الصناع : في الرجل يكون له زق زئبق فيقع فيه رطل زيت لرجل ، حكمه هذا الحكم الذي ذكرت في هذا الأصل .

---

3) التفليس قسمه ابن عرفة الى أعم وأخص . وعرف الأول بأنه « قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به » .

وعرف الثاني بانه « حكم الحاكم بخلع مال المدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه » انظر (حلي المعاصم : 311/2) .

4) يكون بائع الثوب للمشتري الذي فلس أحق بالثوب من بقية الغرماء إذا كان الثوب بيده . وكذلك يكون الصانع احق بما صنع لمن فلس اذا كان المصنوع بيده بحيث يستوفي اجره منه ، كما يستوفي البائع ثمنه مما باع (البهجة : 314/2) .

وهذا اذا وجد البائع الثوب كما باعه فان وجده مصبوغا أو مخيطا فالأمر على ما ذكر ابن حارث .

وقد اضطرب في هذه المسألة القول .

فقال ابن القاسم في كتابه : ان اعطاه صاحب الزئبق رطلا من زيت مثل زيته ، والا اخذ ذلك الرطل من الزئبق .

قال سحنون : يكونان شريكين ، هذا بقيمة زئبقه معيبا ، وهذا بقيمة زيته غير معيب .

وكذلك اذا قال الصباغ : دفعت الي ثوبك لأصبغه وقد صبغته ، وقال الآخر : سرق مني .الحكم على ما تقدم ذكره .

وقال بعض الرواة : الصباغ مدع ، وعليه غرم قيمة الثوب 5 .

وهذا الحكم الذي تقدم ذكره ..فيما كان بوجه شبهة .

[الضمان في حالة التعدي]

250 ـ واما ما كان من البنيان والصبغ والنسج والخياطة وما شاكل ذلك على وجه التعدي (6) ، فحكمه غير حكم ما تقدم من التفسير .

أما البنيان فإن ربه مخير ، إن شاء أمره بقلعه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا مطروحا بالأرض .

---

5) عقد ابن شاس لهذه المسالة فرعا . قال فيه :

« اذا قال رب المتاع للصانع لم اسلمه اليك بل سرق مني ، وقال الصانع : بل استصنعتني فيه . فقال ابن القاسم : يتحالفان ثم يقال لربه : ادفع له قيمة عمله وخذه فان ابى . قيل للعامل : ادفع اليه قيمة متاعه بغير عمل . فان ابيا كانا شريكين : هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه ـ وقال غيره : العامل مدع ولا يكونان شريكين » (الجواهر : 73 ب) .

6) التعدي أعم من الغصب ،و يكون في الأموال والنفوس والفروج والأبدان . وكلام ابن حارث يتعلق بالتعدي في الأموال ، وهو يكون على اربعة انواع :

- أخذ الرقبة ويسمي غصبا ،
- أخذ المنفعة دون الرقبة ،
- إتلاف الشيء واستهلاكه ،
- إفساد الشيء واتلاف منفعته (قوانين الاحكام : 360 ، 361) .

وأما الصبغ : فإن شاء أعطاه قيمة الصبغ ، وإن شاء ضمنه الثوب (3) .

وقال بعض الرواة : له ان يأخذه مصبوغا ، لأن الصبغ مستهلك ، وكذلك يأخذه مخيطا ان لم يرد تضمينه ، الا ان يكون للخيط قيمة .

[صبغ الثوب المسروق]

251 ـ وقال ابن القاسم في السارق (8) يسرق الثوب (9) فيصبغه ، ويأبى رب الثوب ان يدفع اليه الصباغ : فإنه يباع الثوب ،

فإن كان فيه كفاف القيمة أخذه رب الثوب ،

وإن كان فيه زيادة ، كانت الزيادة للسارق ،

وإن كان فيه نقصان فلا شيء على السارق ، اذا لم يكن له مال من يوم السرقة الى يوم النظر في أمره .

[تغيير ما اشتُرِيَ معيبا]

[15 - أ] 252 ـ قال محمد : وكل رادّ لثوب/اشتراه بعيب وقد صبغه أو خاطه ، فانما يكون المشتري شريكا بما زاده الصبغ لا بقيمة الصبغ .

والفرق بين المشتري والمستحق من يده : ان المستحق من يده لا ضمان عليه في

---

7) اذا غصب شخص ثوبا فصبغه ، فربه بالخيار بين اخذ قيمته يوم الغصب وبين اخذ الثوب ودفع قيمة صبغه للغاصب (الجواهر لابن شاس : 60 أ) .

8) عرفت السرقة شرعا في كتاب الشامل بما يلي « اخذ مال أو غيره من حرز خفية لم يؤتمن عليه » ويراد (بغير المال) الطفل الصغير ، إذ يقطع سارقه (البهجة : 337/2) .

9) يترتب عن وقوع السرقة حقان : احدهما لله وهو القطع ، والثاني لصاحب المال المسروق ، وهو غرم ما سرق ، ويكون الغرم برد المسروق اذا كان قائما واما ان استهلك فيضمن الموسر قيمته يوم السرقة ، ولا يضمن العديم على قول وعلى قول آخر يضمن (قوانين الاحكام : 389، 390) وفي المسألة تفصيل أورده التسولي في (البهجة : 341/2) .

ومسألة ابن حارث تتعلق بالمسروق الذي تغير بزيادة أو نقصان وهو قائم عند السارق .

نقصان الثوب ، والمشتري ضامن لنقصان الثوب الذي اشتراه ، فانما له حجة فيما زاد لا غير .

[صبغ العامل ثياب القراض]

253 ـ واذا صبغ العامل من ماله ثياب القراض ، فإن شاء رب المال أعطاه ما صبغ به الثياب ، وإن أبى كان العامل شريكا بما صبغ به الثياب .

وقال غير ابن القاسم : بقيمة الصبغ .

باب ما يحل ويحرم من النكاح (*)

[الجمع بين المحارم]

254 ـ قال محمد : أصل القول فيما يحل ويحرم من الجمع بين ذوات المحارم (1) خاصة : أن تجعل إحداهما ذكرا والأخرى أنثى ، فان حل لأحدهما ان يتزوج الأخرى جاز الجمع بينهما ، وان لم يجز له ان يتزوجها لم يجز ان يجمع بينهما (2) .

ولا باس ان يجمع بين المراة وام زوجها ، وبين المراة وابنة زوجها .

وانما الذي ذكرت متقدما في ذوات المحارم .

---

*) النكاح لغة : الجمع والضم .

وشرعا قال ابن عرفة : « عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببنية قبله ، غير عالم عاقده حرمتها » (شرح الحدود : 152) .

1) هن المحرمات بالقرابة اللائي ذكرهن تعالى في قوله :

« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » النساء : 23 .

قال ابن الحاجب عن المحرمات بالقرابة : هن أصوله ، وفصوله ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل ، وإن علا » (ابن ناجي على الرسالة : 38/2) .

2) عبر القرافي عن هذا الجمع المنهي عنه بقوله : « كل امرأتين بينهما من النسب او الرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدر احداهما رجل والأخرى انثى لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعقد ولا ملك » (الفروق : 129/3 ـ الفرق : 150) .

[التحريم بالرضاع]

255 ـ وأصل القول في حرمة الرضاع (3) بين الرجل والمرأة ـ فيما عسى أن يدق سؤاله ويكثر تفسيره ـ أن ينظر :

فإن اجتمع الرجل والمرأة على ثدي امرأة واحدة ، أو على لبن رجل واحد ، وإن كان الرضاع من امرأتين فقد وجبت الحرمة ، ولزم حكمها ، ولا يبالي كان الرضاع في وقت واحد ، أو كان بينهما سنون ، بعد ان يكون الرضاع في داخل الحولين قبل الفطام .

هذا جملة القول في باب حرمة الرضاع .

[التحريم بالمصاهرة]

256 ـ كل نكاح انعقد بصحة بين الزوجين ، فان المراة بذلك العقد خاصة دون المسيس تحرم على أبي الزوج ، وعلى اجداده ، وعلى ولده ، وولد ولده أبدا (4) .

وتحرم أمها أبدا بذلك العقد .

وأما ابنتها فلا تحرم الا بالمسيس من الملامسة والمباشرة وما شاكل ذلك (5) حينئذ تحرم أبدا .

وكل نكاح فاسد اختلف الناس في فساده ، فحكمه حكم الصحيح لما فيه من الشبهة (6) .

---

3) الرضاع لغة : مص اللبن من الثدي .

وشرعا : مص اللبن من الثدي في مدة معينة .

4) لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » النساء : 22

ومعناه كما قال ابن العربي : ولا تنكحوا نساء آبائكم (أحكام القرآن : 368/1 ، 369)

5) لقوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » النساء : 23 .

يقول الفقهاء : « العقد على البنات يحرم الامهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

6) عقد ابن جزي لهذه المسألة فرعا في باب الانكحة المحرمة قال فيه : « يعتبر في التحريم بالصهر النكاح الحلال او الذي فيه شبهة أو اختلف فيه » (قوانين الاحكام : 231) .

وما كان فساده متفقا عليه مما يقوم تحريمه في القرآن أو السنة أو يقع عليه الاتفاق من علماء الأمة ، فلا ينعقد من الحرمة بانعقاد النكاح خاصة دون المسيس ما قد ذكرته متقدما ، فان وقع المسيس فيه ، وجبت احكام الحرمة على ما ذكرت (7) .

[التحريم بوطء الإماء]

257 ـ وكل وطء حلال في الاماء فحكمه في التحريم والحرمة مثل الذي نصصته في حكم النكاح (8) .

[الوطء بشبهة]

258 ـ وكل وطء شبهة ، مثل وطء الغلط ، والعمد الذي يدرأ فيه عن صاحبه الحد ، ويلحق الولد مما لم ينعقد فيه ملك ولا نكاح ،

فحكمه في الحرمة مثل الذي ذكرت في النكاح الصحيح متقدما .

[حرمة الوطء في الاستبراء]

259 ـ وكل من وجب عليه ان يستبرىء (9) فرجا من مسيس غيره ، فلا يحل له أن يطأ ذلك الفرج حتى يبرأ الرحم .

---

7) أشار خليل الى هذا المعنى بقوله : « وحرم العقد وان فسد ان لم يجمع عليه والا فوطؤه ان درأ الحد » .

8) قال ابن جزي : « يحرم من وطء المملوكات بالقرابة ما يحرم نكاحه من الحرائر بالقرابة والرضاعة » (قوانين الاحكام الشرعية : 231) .

وحكى ابن المنذر الاتفاق بين المذاهب على هذا الحكم (مقدمات ابن رشد : 29.28/2) .

قال زروق : إن الملك كالنكاح في التحريم بالصهر لعموم قوله تعالى : « حرمت » وذلك واضح من الشريعة (زروق على الرسالة : 70/2) .

9) الاستبراء : مدة براءة الرحم لا لدفع عصمة أو طلاق (ابن ناجي على الرسالة : 86/2) .

واسبابه : انتقال ملك الامة ، أو زوال ملكها ، والزنى ، والغصب ، والتهمة التي تلحق المراة .

وتستبرأ الحرة بثلاث حيض ، والأمة بحيضة ، والحامل بوضع حملها .

[حالات التحريم المؤبد]

260 ـ وكل من نكح امرأة وأصابها في عدتها (10) : لم تحل له أبدا (11) .

وكل من لاعن (12) امرأة : لم تحل له ابدا (13) .

ولا يحل نكاح الأمة إذا كانت على غير دين الاسلام ، كانت كتابية أو مجوسية (14) .

ولا يحل وطء المجوسية حتى تسلم ، لا بعقد نكاح ولا بملك يمين (15) .

[تحريم أخت الأمة]

261 ـ ومن كان يطأ أمته بملك اليمين ، فلا يحل له أن يطأ أختها حتى يحرم فرج التي

---

10) العدة : لغة الاحصاء .

وشرعا : المدة التي حددها الشارع للمرأة بعد فراق زوجها لتتربص بدون زواج حتى تنقضي آثار الزواج .

ونكاح المرأة في عدتها منهي عنه لقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » البقرة : 235 .

وحكى ابن رشد الاجماع على ذلك مبينا أن النهي يشمل العقد على المعتدة ويشمل وطأها (المقدمات : 75/2) .

11) يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول وتعتد بعد ذلك من الثاني ، ولا تحل له بعد ، ولها مهرها بما استحل منها (ن ، م : 75/2) .

12) اللعان شرعا : حلف زوج على أن زوجته زنت ، أو حلفه على نفي حملها اللازم له ، وحلفها هي على انه كاذب ، انظر تعريف اللعان لابن الحاجب (ابن ناجي على الرسالة : 79/2) .

13) يترتب على اللعان آثار منها الفرقة المؤبدة بين الزوجين . قال ابن عاصم في تحفة الحكام : ثم اذا تم اللعان افترقا .

وتحصل الفرقة بفسخ النكاح بدون طلاق وبحكم القاضي (الكافي على التحفة : 111) .

قال ابن جزى : « وأما اللعان فتقع به الفرقة المؤبدة . حل له ابدا وان كذب نفسه » (قوانين الاحكام :231) .

14) لأن الآية شرطت الاسلام في نكاح الاماء قال تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات » النساء 25 . وبهذا الشرط يوصد باب استرقاق اولاد المسلمين للكفار .

15) لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » البقرة : 221 .

كان يطأ بأي وجه من وجوه التحريم : كان ببيع ، أو بعتق ، أو كتابة أو ما أشبه ذلك (16) .

[إسلام من تحته أكثر من أربع]

262 ـ وحكم المجوسي إذا أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة : أن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن (17) .

[أنواع النكاح المحرمة]

263 ـ ومن عقود النكاح المحرمة التي لا تجوز :

ـ نكاح المحرم (18) .

[15 ـ ب] ـ / ونكاح الشغار (19) .

ـ ونكاح الخيار .

---

16) في هذا الصدد جاء في المدونة ان « من باع أمة وطئها ثم تزوج اختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة ، لم يطأ الا الزوجة ، والعقد ههنا كالوطء في الملك » (مواهب الجليل : 468/3) .

17) قال ابن أبي زيد : « اذا اسلم مشرك وعنده أكثر من أربع فليختر أربعا ويفارق باقيهن » .
ولكن لا يجوز له ان يختار من يمنع ابتداء نكاحها في تشريعنا مثل الأم وسائر المحارم والأختين ، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر فيروزا الديلمي عندما اسلم ان يختار واحدة من اثنتين كما روى أصحاب السنن (زروق على الرسالة : 48/2) .

18) نكاح المحرم ممنوع لحرمة العبادة . ولهذا لا يجوز النكاح الذي يعقده لنفسه او يعقده لغيره . قال صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » مسلم .
ومنتهى المنع في الحج طواف الافاضة .
واذا وقع هذا العقد فانه يفسخ بطلاق وان ولدت الأولاد على المشهور (زروق على الرسالة : 51/2) .

19) هو البضع بالبضع بان يزوج الرجل بنته على ان يزوجه الآخر ابنته . قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الشغار احمد . وقال عليه السلام « لا شغار في الاسلام » مسلم . انظر (شرح حدود ابن عرفة للرصاع : 175) .

ـ ونكاح السر 20،

ـ ونكاح المرأة في عدتها 21،

ـ ونكاح المريض 22 .

ـ ونكاح المرأة بغير ولي 23) .

ـ ونكاح الأمة بغير إذن سيدها 24) .

ـ والابنة بغير إذن أبيها 25؛ .

ـ ونكاح المرأة بأقل من ثلاثة دراهم (26) .

ـ ونكاح الخامسة (27) .

---

20. هو المتواصي على كتمانه كأن يأمر الزوج الشهود بكتمان العقد .
والمطلوب شرعا اعلان الزواج لحديث عائشة « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف » احمد والترمذي (أسهل المدارك : 88/2) .

21) لا يجوز نكاح المراة في عدتها لقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله » . البقرة : 235 .
ويجوز التعريض في العدة لقوله تعالى : « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » البقرة : 235 .

22) المراد بالمرض المخوف الذي يحجر فيه عن المال . وقد علل التتائي منع نكاح المريض بان فيه ادخال وارث وهو منهي عنه ، كما نهي عن اخراج وارث بالطلاق (مسالك الدلالة : 192)

23) نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك بقوله « لا نكاح الا بولي » احمد وأبو داود .

24. قال عبد الله بن أبي زيد : « ولا نكاح لعبد ولا لأمة الا باذن السيد » (زروق وابن ناجي على الرسالة : 49/2) .

25) قال ابن أبي زيد : « ولا يزوج (الوصي) الصغيرة الا ان يأمره الأب بانكاحها » انظر (زروق وابن ناجي على الرسالة : 33/2) .

26. أقل الصداق ثلاثة دراهم أو ربع دينار من خالص الذهب او ما قيمة احدهما . وهذا مشهور المذهب المالكي (ابن ناجي على الرسالة : 27/2) .

27. قال تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » النساء : 3 .
وقال صلى الله عليه وسلم لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة : « أمسك أربعا وفارق سائرهن » الترمذي وابن ماجه ومالك في بلاغاته .
والقول بعدم جواز نكاح الخامسة هو قول الجمهور من الفقهاء (بداية المجتهد : 33/2) .

ـ ونكاح المرأة على من لا يحل ان يجمع بينها و بينها (28) .

ـ ونكاح التي تعقد نكاحهاامرأة أو صبي أو عبد أو من هو على غير الاسلام (29) .

ـ والنكاح بالصداق الغرر مثل : العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وما شاكل ذلك (30) .

ـ ونكاح الذي يقول : إن لم آتك بالصداق الى أجل كذا وكذا فلا نكاح بيني و بينك .

---

28 تقدم تحريم الجمع في أول هذا الباب .

(29) الولي شرط في العقد حسب المذهب المالكي ، ويشترط فيه ان يكون ذكرا حرا بالغا مسلما ، وبالنسبة للشرط الأول يقول عليه الصلاة والسلام : « لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها » ابن ماجه .

30 رويت عن مالك في هذا النكاح روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، والثانية أنه إن دخل ثبت النكاح ولها صداق المثل . وقال ابو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل (بداية المجتهد : 23/2) .

باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده

[وجوه فسخ ما تم من النكاح]

264 ـ قال محمد : ينفسخ النكاح المنعقد بعد تمامه بوجوه كثيرة منها :

[الايلاء]

265 ـ الايلاء : وهو ان يحلف الزوج ألا يطأ المرأة أكثر من أربعة أشهر . فإذا حل الايلاء ، وهو أربعة أشهر ، فإن لم يفء الزوج ، والا طلقت عليه كرها (1) ، وتلك الطلقة غير بائن .

فان فاء في عدتها ملك رجعتها (2) .

وان لم يفيء فلا رجعة له (3) .

[العجز عن الوطء]

266 ـ ومنها ان يوجد الرجل بعد انعقاد نكاحه لا يستطيع أن يمس المرأة .

---

1) يكون هذا الطلاق من قبل القاضي دفعا للضرر الحاصل للمرأة بترك الوطء .

2) قال تعالى : « فان فاؤوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » البقرة : 226 .

3) الجمهور على ان الزوجة المولى منها تعتد رغم ثبوت براءة الرحم في المدة التي انقضت بدون وطء . مراعاة للجانب التعبدي في العدة . ولأنها مطلقة فيجب أن تعتد ، كسائر المطلقات (بداية المجتهد : 84/2) .

وهذه الحال منقسمة في الرجل على ثلاثة أحوال :

- منها العنين .

- ومنها المعترض .

- ومنها الحصور .

فأما العنين ، فهو الذي له ذكر ، إلا أنه لم يصب امرأة قط (4) .

وأما المعترض ، فهو الذي يصيب جواريه وسائر نسائه ولا يصيب المرأة التي نكحها .

وأما الحصور : فهو الذي خلقه الله بلا ذكر ، أو خلقه بذكر كقدر الزر ، أو ما أشبهه .

[العنّة والحصر]

267 - فأما العنين ، فإن أقر بذلك ، والحصور ، فإنهما اذا رفعت المرأة أمرهما الى السلطان ، طلق عليهما وقته ، ولم يضرب لذلك أجلا (5) ، اذا شاءت المرأة ذلك طلقة بائنة لا رجعة فيها .

[أجل المعترض]

268 - وأما المعترض ، فيضرب له اجل سنة ، فان انقضت السنة ولم يمس ، طلقت عليه .

---

4) العنين لغة : الذي لا يشتهي النساء .

وشرعا : هو الذي له ذكر صغير كالزر ، ويطلق ايضا علي الذي لا ينتشر ذكره وهو المعترض (حلي المعاصم : 296/1) .

والملاحظ أن تعاريف المؤلف في هذا وما بعد تخالف التعاريف المتعارفة .

5) ذلك لأن العنة والحصار من الادواء التي لا يرجى ان تزول . فلا فائدة في ضرب الأجل للزوج في هذه الحالة ، قال ابن عاصم :

وداء فرج الزوج بالقضاء   كالجب والعنة والخصاء
وذاك لا يرجى له زوال   فليس بالحكم بـه امهال

بذلك اذا لم يكن أصاب المرأة بعد النكاح البتة . فإن أصابها مرة واحدة فهي بلية ابتلاها الله به . ولا خيار لها عليه (6) .

[عيوب الزوجة]

269 ـ ومنها ان يوجد بالمرأة عيب من العيوب التي يرد بها النساء . وهي أربعة :

- الجنون .
- والجذام .
- والبرص (7)
- والعيب في الفرج (8)

فيردها الزوج .

---

6) لا يرد الزوج بالاعتراض الحادث بعد ان دخل بزوجته ووطئها ولو مرة . قال ابن عاصم مستثنيا مما يرد به الزوج :

الا اعتراضا كان بعد ما دخل والوطء منه فَبْلُهُ مرة حصل

(مواهب الجليل للسيناوني : 1 34) .

7) ذكر التسولي ان المرأة المصابة بهذه العيوب (الجنون والجذام والبرص) ، تؤجل سنة لمعالجة نفسها ، اذا لم يعلم الزوج ان ذلك بها حين العقد بل علم بعده قبل البناء أو بعده (البهجة في شرح التحفة : 296/1) .

8) عيوب المرأة في الفرج هي التالية :

- القرن : شيء يبرز في الفرج كقرن الشاه .
- الرتق : انسداد المحل اما باللحم أو العظم .
- البخر : هو نتن الفرج .
- العفل : لحم يبرز في فرج المرأة يشبه أدرة الرجل . وقيل رغوة تحدث عند الجماع .
- الافضاء اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول . واحرى اختلاط مسلك البول . والغائط

(الفواكه الدواني : 40/2) .

ويؤجل الحاكم بسبب هذه العيوب حسب اجتهاده .

[عيوب الزوج]

270 ـ ومنها ان يبتلى الزوج بعد نكاحه بجنون ، أو جذام ، أو برص ، فيفرق بينه وبينها للضرر الداخل على المرأة (9) .

[ردة الزوج]

271 ـ ومنها ان يرتد (10) الزوج عن الاسلام ، فتطلق عليه طلقة بائن (11) .

وروى علي بن زياد عن مالك : أنها طلقة غير بائن ، وأنه إن رجع (12) الى الاسلام في العدة (13)فهو أحق بها .

وأخبرني لقمان بن يوسف عن يحيى بن عمر عن أبي إسحاق البرقي عن أشهب : أن ذلك انما يكون فسخا بغير طلاق .

[فقدان الزوج]

272 ـ ومنها ان يفقد الرجل عن امرأته ، فيضرب له أجل المفقود (14) .

فإن أتى ، وإلا اعتدت امرأته وتزوجت .

---

9) يكون الفراق بسبب هذه العيوب بعد تأجيل سنة ، ولا يكون هذا التأجيل بالنسبة للجنون الا اذا كان يرجى برؤه (مواهب الجليل للسيناوني : 34/1) .
والملاحظ ان هذه العيوب مشتركة بين المرأة والرجل .

10) الردة خروج عن دين الاسلام .

11) هذا مذهب المدونة وقال سحنون : يكون هذا الطلاق رجعيا . وقيل : انه فسخ بدون طلاق (زروق على الرسالة : 46/2) .
وانظر التعريف الشرعي للطلاق والفرق بين الرجعي والبائن في هامش الفقرة : 309 باب الطلاق .

12) في الأصل : راجع .

13) العدة : مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه (ابن ناجي على الرسالة : 86/2) . وانظر الفقرة : 260 الهامش 10 أعلاه .

14) أجل المفقود في أرض الاسلام أربع سنين للحر وسنتان للعبد .

[الإعسار بالنفقة]

273 ـ ومنها ألاّ يقدر الزوج على الانفاق (15) ، فيطلق عليه السلطان (16) طلقة غير بائن ، فان أيسر في العدة ، فهو احق بها (17) .

[الإعسار بالصداق]

274 ـ ومنها ألاّ يقدر على الصداق قبل الدخول ، فيطلق عليه السلطان (18) .

[لعان الزوج زوجته]

275 ـ ومنها أن يقذف (19) الزوج امرأته بالزنى ، فيلاعنها فينفسخ النكاح ، ولا تحل له من بعد أبدا (20) .

[ملك أحد الزوجين الآخر]

276 ـ ومنها ان يملك أحد الزوجين صاحبه ، أو يملك منه شقصا فيفسخ النكاح (21) .

---

15) الانفاق لغة :دفع النفقة .

والنفقة عرفها ابن عرفة بقوله : « ما به قِوامُ معتادِ حالِ الآدمي دون سرف » حدود ابن عرفة .

16) أوضح ابن الحاجب ان القاضي يطلق على الزوج المعسر بالنفقة .

ـ إذا كان العجز عن النفقة الحاضرة لا عن نفقة مدة ماضية .

ـ وإذا لم تكن الزوجة قد عرفت عجزه ورضيت به قبل العقد .

وذكر أن القاضي يتلوم له مدة ترجع الى اجتهاده ، فان تمادى عجزه طلقها عليه (التاج والاكليل : 195/4) ، انظر (فروق القرافي ، الفرق : 158 ، 145/3 ـ 146) .

17) للزوج ان يراجعها ان ايسر ما دامت في العدة لأن الطلاق رجعي . وكذلك له ان يراجعها في العدة اذا رضيت بعسره (التاج والأكليل : 200/4) .

18)للمرأة الخيار في الفرقة اذا عجز زوجها عن دفع الصداق ، وضربَ له أجل يرجى لمثله ، فاستمر عجزه ، وإذا اختارت الفرقة لها ان تتبعه بنصف الصداق الواجب لها (مواهب الجليل : 505/3 ، 506) .

19) القذف في الأصل : الرمي . وشرعا : رمي مكلف حرا مسلما ينفي نسب عن أب أو جد ، أو بزنا (الشرح الصغير : 461/4) .

20) ذكر ابن حارث حكمين مما يتعلق باللعان وبقي حكمان آخران هما سقوط الحد ، ونفي النسب .

21) اذا تملك احد الزوجين الآخر فسخ النكاح بلا طلاق قبل الدخول وبعده ، لأن النكاح والملك لا يجتمعان معا اذ باجتماعهما تتنافى الحقوق (أسهل المدارك : 91/2) .

[الاختلاف في الصداق]

277 ـ ومنها ان يختلفا بعد انعقاد النكاح في الصداق ، فيتحالفان ويتفاسخان النكاح (22) .

[تزوج الأمة]

278 ـ ومنها ان يتزوج الرجل امة ، وعنده حرة ، فيجب للحرة الخيار في المقام أو الفراق ، فتختار فراقه فتكون طلقة بائن (23) .

[عتق الأمة تحت العبد]

279 ـ ومنها أن تعتق الأمة تحت زوجها العبد ، فتختار نفسها ، فتطلق طلقة بائن (24) .

[الخلاف وبعث الحكمين]

[16 ـ أ] 280 ـ ومنها ان يتفاقم أمر الزوجين ، / فيبعث السلطان الحكمين (25) ،

22) بالأصل : (فيتحالفا ويتفاسخا) يتعلق ما ذكره باختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل الدخول . وقد قال مالك في ذلك : إن أتى الزوج بمايشبه والمرأة بما يشبه ، فانهما يتحالفان ويتفاسخان ، وان حلف احدهما ونكل الآخر ، كان القول قول الحالف ، وان نكلا معا كانا بمنزلة ما اذا حلفا معا . وأما ان أتى أحدهما بما يشبه فان القول قولة (بداية المجتهد : 24/2) .

23) قال مالك في المدونة : « لا تنكح الأمة على الحرة ، فان فعل ذلك جاز النكاح ، وكانت الحرة بالخيار ان احبت ان تقيم معه أقامت وان احبت ان تختار نفسها اختارت ، فإن أقامت معه كان القسم من نفسها بينهما بالسواء » (اسهل المدارك : 92/2) .

24) قال مالك : وللأمة اذا أعتقت ان تختار نفسها بالبتات . وبتات الامة يكون بطلقتين .

قال ابن عاصم :

وزوجة العبد اذا ما عتقت واختارت الفراق منه طلقت

(مواهب الجليل للسيناوني : 39،38/1 ؛بداية المجتهد : 44/2) .

25) يقول تعالى في بعث الحكمين « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » النساء : 35 .

ومعنى « خفتم شقاق بينهما » علمتم ذلك وخفتم تزايده (مقدمات ابن رشد : 104/2)

فيطلقانها عليه طلقة (26) فتكون بائنا .

[اختيار الزوجة الفراق]

281 ـ ومنها ان يكون للمرأة في صداقها شروط معقودة بيمين طلاق أو تخيير ، فيحدث بينهما ما يوجب حنثه أو تخييرها ، فتختار فراقه .

[الحنث في يمين الطلاق]

282 ـ ومنها ما يدخل على الزوج في الحنث من يمينه بالطلاق .

[أنواع أخرى من الطلاق]

283 ـ ومنها طلاق السُّنة(27)، ومنها الخلع ، والمباراة (28) ، والمفاداة (29) .

---

26) جاء في المدونة ان الحكمين ينظران في أمر الزوجين ويجتهدان في الاصلاح بينهما . فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، والا فرقا بينهما (المدونة : 50،49/5) .

وقد ذهب مالك وأصحابه الى ان الحكمين لهما ان يفرقا بين الزوجين اذا اتفقا على ذلك من غير توكيل الزوجين ولا اذن منهما . وحجتهم في ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : « اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع » (بداية المجتهد : 80/2) .

27) هو الذي اذنت السنة في فعله . ويقابله الطلاق البدعي .

وشروط الطلاق السني :

- أن تكون الطلقة واحدة ،
- وأن تكون في طهر ،
- وأن لا يكون قد وطئها في هذا الطهر ،
- وأن لا يردفها بطلقة أخرى ،

وإذا فقدت بعض هذه الشروط كان الطلاق بدعيا (مواهب الجليل للسيناوني : 77/1) .

قال ابن أبي زيد « طلاق السّنة مباح وهو : ان يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقة ثم لا يتبعها طلاقا حتى تنقضي العدة » (زروق على الرسالة : 55/2) انظر الفقرة 309 .

28) الخلع والمباراة يؤولان الى معنى بذل المراة العوض على طلاقها ، لكن الخلع يختص ببذلها له جميع ما اعطاها ، والمباراة باسقاطها عنه حقا لها عليه .

وقد ثبتت مشروعية الخلع بقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيا افتدت به » البقرة : 229 .

ويقول عليه الصلاة والسّلام لامرأة ثابت بن قيس : « اتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . قال الرسول صلى الله عليه وسلم : أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة » البخاري .

= (بداية المجتهد 55،54/2) .

29) الافتداء : مثل المباراة والخلع فهي ترجع الى أصل واحد هو كونها طلاقا بعوض .

قال الله تعالى : « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله » البقرة : 229 .

والرجل يملك العوض ملكا تاما دون ان يفتقر الى حوز على المشهور (زروق على الرسالة : 81/2 ـ 82) .

باب احكام النكاح (*)

[فسخ النكاح الفاسد]

284 ـ قال محمد : كل نكاح انعقد حراما لا شبهة فيه ولا اختلاف مما يقوم تحريمه في الكتاب او السنة ، ويتفق عليه علماء الأمة ، فلا يلحق فيه طلاق ، ولا يكون بينهما فيه ميراث ، ويكون الفسخ فيه اذا فسخ فسخا بلا طلاق .

وكل نكاح كان فيه اختلاف ، ودخلت في تحريمه الشبهة ، فالطلاق فيه يلحق ، ويسقط بطلاق .

ومن مات من الزوجين قبل الفسخ ورثه الآخر الباقي .

[استحقاق نصف الصداق]

285 ـ وقال محمد : كل نكاح ينفسخ قبل الدخول بالرضى من المرأة أو الكره ، فلا شيء للمرأة من نصف الصداق (1) الا التي ينفسخ نكاحها من اجل عدم الصداق (2) .

---

*) انظر تعريف النكاح أول باب ما يحل ويحرم من النكاح .

1) الصداق ويسمى أيضا المهر : وهوما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها ، ويشترط فيه ما يشترط في الثمن ، وقد يطلق الصداق على الكتاب الذي تقع فيه شهادة النكاح ويكون هذا الاطلاق من قبيل المجاز.

2) في هذه الحالة تتبع المراة زوجها بنصف الصداق اذا ايسر لانه تقرر في ذمته بالعقد (مواهب الجليل للسيناوي : 42) .

[طلاق زوجة المفقود]

286 ـ والمفقود (3) عنها زوجها تطلق عليه (4) .

[الزواج في العدة]

287 ـ قال محمد : كل نكاح فسخ بعد الدخول بالاضطرار من غير ان يختاره مختار، فلا يجوز لزوجها أن يتزوجها في عدتها (5) .

[إلحاق النسب في وطء دُرِئَ فيه الحد]

288 ـ وانظر فحينما دُرِئَ الحد عن الواطىء ، فالنسب يلحق إن حدث من ذلك الوطء ولد ،

وحيثما وجب الحد لم يلحق نسب ، ان حدث من ذلك الوط الذي حد فيه ولد (6) .

[وجوب العدة]

289 ـ وكل موضع وجب فيه الصداق اجمع وجبت العدة ،

وحيث سقط وجوبه أجمع ، أو لم يجب الا نصفه ، فلا عدة فيه .

---

3) المفقود لغة : المعدوم بعد الوجود .

وشرعا : قال ابن عرفة « من انقطع خبره ممكن الكشف عنه » فخرج بذلك الأسير (زروق على الرسالة : 66/2) .

4) تطلق زوجة المفقود ببلاد الاسلام بعد تأجيل أربع سنين للحر وسنتين للعبد كما تقدم ، ولها النفقة من ماله على المشهور ، فان لم يكن له مال أخذ حكم المعسر الحاضر ـ وهو فراقها إن لم تتنازل عن النفقة ـ ولو لم يحصل الدخول بها (مواهب الجليل السيناوي : 129 ، 130) .

5) وعكس ذلك صحيح وهو ما صرح به ابن جزى حيث قال : « وكل نكاح فسخ اختيارا من احد الزوجين حيث لها الخيار جاز أن يتزوجها في عدتها منه » (اسهل المدارك : 82/2) .

6) عبر ابن جزى عن هذا المعنى بقوله : « كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطىء . وحيث وجب الحد لا يلحق النسب » (ن . م : 82/2) .

[النكاح بعقد الغير]

290 ـ والذين يجوز عليهم النكاح ، ويلزمهم بعقد غيرهم ، وإن سخطوا :

- الطفل الصغير .
- والبكر يزوجها أبوها (7) .
- والعبد ،والامة ، يزوجهما سيدهما .
- والصبي اليتيم يزوجه وصيه .

[نكاح العبد بغير اذن سيده]

291 ـ وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، كان النكاح بيد سيده ، فإن شاء أجازه وإن شاء فسخه بواحدة أو اثنتين .

[نكاح الأمة بغير اذن سيدها]

292 ـ والأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها لم يجز ، وإن أجازه السيد ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه ، والأمة لا تعقد نكاح نفسها .

[عقد الأخ نكاح أخته البكر]

293 ـ وكذلك قالوا في الابن ، يعقد نكاح أخته البكر بغير أمر أبيها : أنه لا يجوز ، وإن أجازه الأب .

إلا أن يكون الابن القائم بأمر أبيه ، فيجوز ذلك ، ان اجازه الأب (8) .

---

7) للأب أن يزوج ابنته البكر وأن يجبرها على ذلك ، ولا يحتاج إلى إذنها سواء أكانت بالغا أم لا ، وهذا هو الحكم المتفق عليه في المذهب بالنسبة لغير البالغ ، اما التي بلغت ، فهذا حكمها على المشهور اذ مال اللخمي وابن الهندي والسيوري الى عدم جبرها لحديث « البكر يستأذنها أبوها » مسلم (ابن ناجي على الرسالة : 28/2) .
والثيب لا تزوج إلا برضاها قال ابن ابي زيد « ولا يزوج الثيب أب ولا غيره الا برضاها وتأذن بالقول » .

8) أما الثيب اذا زوجها أخوها برضاها وانكر الأب ذلك فليس له قول لأنها قد ملكت امرها (المدونة : 143/2) .

[قبض الولي الصداق]

294 ـ وإذا وكلت المراة وليَّها على عقد نكاحها : لم يجب له بذلك قبض صداقها ، إلا أن توكله على قبضه ، وليس ذلك مثل البيع .

وان دفعه اليه الزوج ضمنه لـ (9) .

[لزوم يمين الطلاق]

295 ـ وكل من لزمه يمين طلاق في زوجته ، في عقد نكاحها ، أو في غير عقد نكاحها ، لزمه ذلك ، وان طلقها ثم تزوجها ثانية ،
وكذلك الثالثة ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء .

وإن شرط الزوج أنه براء من تلك الشروط ، أو من تلك الايمان ، فلا ينفعه ذلك ، وهي لازمة له (10) .

[النكاح الفاسد بسبب الصداق]

296 ـ وكل نكاح فسد عقده من قبل الصداق مثل الغرر ، او ما أشبهه مما لا ينبغي العقد عليه ، او بالخمر ، او بالخنزير ، او ما شاكل ذلك ، فإنه يفسخ قبل الدخول ، ويثبت من بعد الدخول ، ويكون لها صداق المثل (11) .

[رجوع الزوج بقيمة الصداق او بمثله]

[16 ـ ب] 297 ـ وإذا وجدت المرأة بصداقها عيبا ، أو استحق من يدها ، فإنها ترجع بقيمته/أو

---

9) لأنه كان متعديا حين قبضه ولم يدفعه اليها حين قبضه . فيبرأ منه بمنزلة مال كان لها على رجل فقبضه بغير أمرها فلا يبرا الغريم . والأب ضامن وللمرأة أن تتبع الغريم (ن ، م) .

10) تكون لازمة له لانها حق الله تعالى ، فهي باقية بذمته ولو بعد ارجاع زوجته المطلقة . فالقاعدة ان الرجعة بعد الطلاق لا تسقط ما لزم من أيمان .

11) قال ابن أبي زيد القيرواني : « وما فسد من النكاح لصداقه ، فسخ قبل البناء ، فإن دخل بها مضى ، وكان فيه صداق المثل » (اسهل المدارك : 81/2)

بالمثل ، إن كان مما يوجد فيه المثل ، ولا ترجع بصداق مثلها .

وجائز أن يتزوجها على شوار بيت ، لان الشوار عند الناس معروف .

وجائز ان يتزوجها على عبد غير موصوف ، ويكون لها عبد وسط .

[رجوع الزوجة بما حطته من الصداق]

298 ـ واذا اشترطت المراة على زوجها شروطا ، ووضعت له من الصداق لما شرط لها ، فلم يف لها بالشروط ، فللمراة الرجوع بما وضعت ان كان انما وضعت ذلك بعد العقد .

وان كان انما وضعت ذلك في نفس العقد ، فلا رجوع لها به .

وروى ابن نافع عن مالك : أنه إن كان سمى لها صداق المثل ، ثم حطته منه في العقد المشروط ، فلها أن ترجع عليه ، إن لم يف بذلك .

وإن كان سمى لها أكثر من صداق المثل وحطت الزيادة ، فلا شيء لها مما حطت إن لم يف بما شرط (12) .

[اشتراط الزوجة الا يتزوج عليها]

299 ـ وفي كتاب الطلاق من سماع ابن نافع عن مالك : لا يجوز ان تعطي المراة زوجها مالا على الا يتزوج عليها ، ويُرَدّ ذلك (13) .

---

12) كره مالك الشروط وقال : لا أرى لاحد ان يكتب شهادته في كتاب فيه شروط (حلي المعاصم : 274/1)

13) في رواية سحنون عن ابن القاسم انه ان شرطت عليه ان لا يتزوج عليها ، فان تزوج فهي طالق ثلاثا . فانه ان فعل وقع الطلاق ولم يرجع في المال . لانها اشترت طلاقها بما وضعت عنه

وهناك تفصيل في الشروط المصاحبة لعقد النكاح ، منها ما يفسد بها العقد وهي كثيرة ، وليس لها حد كما قال ابن القاسم . ومنها ما لا يفسد بها العقد وانما ترد تلك الشروط مثل اشتراطها عدم انتقالها معه الى بلد غير بلدها . وقد حكم عمر بن الخطاب بصحة العقد وبطلان الشرط قائلا : المرأة مع زوجها(المدونة : 160/2) .

[الدخول لا يعجل الصداق]

300 ـ ومن قولهم : ان الدخول يبرىء الزوج من الصداق المعجَّل (14) .

[رجوع المطلق على زوجته]

301 ـ ومن أصولهم المعروفة : أن كل ما اشترته المرأة بصداقها من جهاز وعطر . وما كانت تُجْبَر على شرائه لو لم ترد شراءه : أنه إن طلقها قبل البناء فانما يرجع عليها بنصف ذلك الذي اشترت (15) ولا تتكلف المرأة بيعه .

وإن أرادت المرأة إمساكه ، وأن تعطيه نصف ما أخذت منه عينا ، وأبى الزوج إلا أخذ نصف ما اشترت ، فذلك من حق الزوج .

وإن كانت إنما اشترت دارا ، أو عبدا أو ما أشبه ذلك ، رجع عليها في نصف ما أعطاها من الدنانير والدراهم .

وإذا حمل الأب عن الزوج نصفَ الصداق لابنته في عند نكاحها ، فذلك جائز ، وهو دَيْـن للابنة على أبيها في ماله ، وان مات اخذته من ماله (16) .

و ان غرمه الأب لم يرجع به على الزوج ، لأنه انما حمله الصداق عنه من باب الصلة .

---

14) للزوجة ان تمتنع من الدخول حتى يدفع لها زوجها صداقها المعجل او الكالىء الذي حل اجله ، فان مكنته من الدخول والوطء فليس لها ان تمتنع بعد ذلك من الوطء ، ولا تطلق عليه ولو أعسر بالصداق ، بخلاف ما كان لها الامتناع منه حتى يؤديه قبل الدخول والوطء فانها تطلق عليه بعسره به (البهجة : 275/1)

15) قال تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة : 237 .

وقد تقرر في مشهور المذهب المالكي : ان جميع الصداق لا يتقرر بالعقد لان الصداق شرط في اباحة النكاح فيتعين ثبوته عند ثبوت المشروط وهو الدخول وانه لم يرد به المعارضة كالثمن . ولذا جاز العقد على المجهول ، بخلاف الاثمان في البيوع فانها تتقرر بالعقد (الفروق : 141/3 ، 142 ـ الفرق : 155)

16) فان لم يكن له مال ولم تقبض شيئا من صداقها فلا شيء على الزوج بعد الدخول . فإن لم يدخل ومات الاب ولم يدع مالا فلا سبيل للزوج الى الدخول حتى يمهرها (المدونة : 172/2)

[نكاحُ المريض]

302 ـ وما عقد الرجل من النكاح على نفسه في مرضه ، لم يجز ،

ولم يكن بينهما إن مات من مرضه ميراث .

وكان لها صداقها من الثلث ان دخل بها (17) .

[حقوق زوج الأمة وواجباته]

303 ـ وإذا تزوج الرجل أمة لم يكن لهم أن يفردوها معه في بيت .

ولا له أن يضرّ بهم في خدمتهم .

ولا لهم أن يضرّوا به فيما يحتاج اليه منها .

وعلى الزوج نفقتها حيث كانت

[استحقاق الزوجة النفقة]

304 ـ والحد الذي يلزم فيه الزوج النفقة على امراته (18) ، من الحين الذي يُدْعَى الى الدخول فيأبى (19) ، وان كانت مريضة او مريضا .

---

17) يمنع المرض المخوف من الزواج وهو المرض الذي يتوقع منه الموت عادة ، وان احتاج المريض منهما الى الزواج للانفاق او غيره او اذن الوارث للمريض منهما في التزويج . وقيل : ان احتاج المريض او اذن له الوارث جاز .
وعلة المنع ان فيه ادخال وارث . فان وقع فسخ قبل الدخول وبعده ما لم يصح المريض .
وللمريضة المدخول بها الصداق المسمى اذا فسخ بعده . لانه المختلف فيه . ومثل فسخه بعد البناء : موته او موتها قبله . فلها المسمى . ولا إرث بينهما لان علة فساده ادخال الوارث . وعلى المريض إن مات في ذلك المرض قبل الفسخ الأقل من الثلث من ماله (الشرح الصغير : 427/2)

18) اذا اراد الزوج السفر فطلبته الزوجة بالنفقة ، فرض لها بقدرما يرى من أبعاده ، أو يقيم لها به كفيلا يجريه لها (التاج والاكليل : 200/4)

19) هذا هو المشهور من مذهب مالك . ورد في المدونة انه لا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يدعى للبناء فحينئذ تلزمه مع الصداق .

[إحصان الزوج]

305 ـ وكل زوجة وطئها الرجل فهي تُحْصِنُه ، وإن كانت صغيرة ، أو مجنونة أو نصرانية (20) .

وكل وطء حرام ، فانه لا يجب به حكم الاحصان ، مثل الصائمة والحائض وما اشبه ذلك .

[اسلام الزوجة قبل زوجها]

306 ـ وإذا أسلمت ، وكانت على غير دين الاسلام ، فإن زوجها أحق بها ، إن أسلم في عدتها ، كان كتابيا أو مجوسيا (21) .

[اسلام الزوج قبل زوجته]

307 ـ وإن أسلم الزوج ، ولم تسلم المرأة ، فان كانت كتابية بقيت تحته كما كانت ،

وإن كانت مجوسية ، فإن أسلمت بقرب إسلامه ثبت النكاح ، وإن تطاول ذلك انفسخ النكاح .

= وقال ابن عبد الحكم : لها النفقة بالتمكين وان لم تدعه الى البناء . وزاد في الرسالة : وهي ممن يوطا مثلها . وقال ابن الحاجب تجب بالدخول او بان يبتغي منه الدخول .. وقيل تجب بالعقد ان كانت يتيمة (مواهب الجليل : 182/4)

20) كانت حرة أو أمة . قال مالك : « كل من أدركت كان يقول : تحصن الامة الحر إذا نكحها فمسها . ويحصن العبد الحرة اذا مسها بنكاح .

ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فيمسها بعد عتقه ، فإن فارقها قبل عتقه فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ، ويمس امراته .

والأمة إذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل ان تعتق ، فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها ، فذلك احصانها .

والأمة إذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحته قبل ان يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عنده اذا هو اصابها بعد ان تعتق (المنتقى : 332/3)

ولا يكون الاحصان إلا بنكاح صحيح فإن كان النكاح فاسدا فلا إحصان (المدونة: 207/2) .

21) قال تعالى : « فَلَا تَرْجِعوهن الى الكفار لا هنّ حل لهم ولا هم يحلون لهنّ ... ولا تمسكوا بعصم الكوافر » الممتحنة : 10

=

وقد ذكر بعض الرواة : أنها إن أسلمت في عدتها كان احق بها ، وان انقضت عدتها بانت منه (22) .

والأصل في نكاح الشرك : أن السبي يهدمه ويَحُله . سُبِيا جميعا أو مفترقَيْـن (23) .

[اشتراط الزوج التمليك]

308 ـ انظر : فكل نكاح انعقد على شرط تمليك ، ويجعله الزوج بيد غيره ، ويكون سبب ذلك التمليك فعل يفعله الزوج ، فهو جائز ، والتمليك نافذ .

= حدث مالك عن ابن شهاب : أنه بلغه أن نساء كنّ في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بارضهن ، وهن غير مهاجرات ، وازواجهن حين اسلمن كفار ، منهن بنت الوليد بن المغيرة ، وكانت تحت صفوان بن امية ، فاسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها صفوان من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه أمانا له مع ابن عمه وهب بن عمير ولما قدم على رسول الله سيره اربعة اشهر فخرج الرسول صلى الله عليه وسلم الى هوازن وخرج معه صفوان وهو كافر فشهد حنينا والطائف وامراته مسلمة . ولم يفرق الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما ، ثم أسلم واستقرت عنده زوجه وكان بين إسلامهما نحو من شهرين . قال ابن شهاب : لم يبلغنا ان امراة هاجرت الى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبينه الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها (تنوير الحوالك : 76/2)

22)-قال مالك : « واذا اسلم الرجل قبل امراته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » الممتحنة : 10 (ن . م)

وقد ذكر الرواة تفاصيل كثيرة في المدونةنقل البعض منها شراح الموطأ انظر (المدونة: 211/2 وما بعدها : المنتقى : 340/3 وما بعدها) .

23) السباء يفسخ العقد ويهدم النكاح ، سُبيا جميعا او مفترقين . وقال ابن شهاب يفرق بينهما ثم تترك الزوجة حتى تعتدّ عدة الامة .

وقال ابن القاسم لا تعتد وانما عليها الاستبراء . وروى ابن وهب عن سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال : « أصبنا سَبيا يوم أوطاس (*) ولهن ازواج فكرهنا ان نقع عليهن ، فسالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تبارك وتعالى « والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم » النساء : 24 . فاستحللناهن (المدونة : 214/2 ـ 215) .

*) وأوطاس:واد في ديار هوازن فيه كانت وقعة حنين ويومها قال النبي صلى الله عليه وسلم « حمي الوطيس » حين استعرت الحرب وهو أول من قالها [illegible] 405/1)

[17 ـ أ] وان كان انما جعل سببه فعل غير الزوج/فلا يلزمه التمليك ، والنكاح جائز (24) .

24) التمليك هو : أن يملّك الرجل امرأته أن تطلق نفسها ، وذلك بان يقول لها : قد ملكتك امرك ، او يقول لها : أمرك بيدك .

وفي كتاب ابن المواز : قد ملكتك ، وإن لم يقل أمرك ولا نفسك . وكذلك قوله : طلاقك اليك ، أو بيدك . قال ابن القاسم : او قال لها : امرك بيدك إن شئت ، أو أنت طالق إذا شئت .

واصل هذه المسالة أن مالكا بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال : يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أ مر امراتي في يدها فطلقت نفسها فماذا ترى ؟ فقال عبد الله بن عمر : اراه كما قالت . فقال الرجل : لا تفعل يا ابا عبد الرحمن . فقال ابن عمر : انا افعل انت الذي فعلته (المنتقى : 20/4)

باب الطلاق (*)

[الطلاق السني]

309 ـ قال محمد : جملة القول في طلاق السنة : أن يطلق الرجل امرأته في طهر ، لم يمسها فيه ، طلقة واحدة ، ثم يدعها تمضي على عدتها (1) ، ولا يتبعها طلاقا ، فان احب ، ارتجعها ما دامت في عدتها ، وإن كره ذلك ، تركها .

فإذا انقضت عدتها ، فقد حلت للأزواج .

وإن طلقها في طهر قد مسها فيه ، أو بعد أن طهرت من دمها قبل أن تطهر بالماء ، فقد أخطأ ، ولا يجبر على رجعتها .

وإنما يُجبرُ على رجعتها إذا طلقها في حيضتها لا غير(2) .

---

*) الطلاق شرعا عرفه ابن عرفة بقوله : « صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج » . (حدود ابن عرفة : 184 وما بعدها)

والطلاق رجعي وبائن .

فالأول هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وهو يكون في المدخول بها .

والثاني هو الذي لا يملك فيه الزوج رجعتها (بداية المجتهد : 49/2) .

1) وهي ثلاثة قروء ، والقرء هو الطهر ، أي الزمن الذي بين الدمين . والعدة تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة (بداية المجتهد : 102/2 ـ 103) .

وعدة الأمة حيضتان . قال مالك : والحر يطلق الامة ثلاثا وتعتد بحيضتين (تنوير الحوالك : 99/2 ـ 100 ؛ الفواكه الدواني : 33/2)

2) ما لم تنقض عدتها وقال اشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى ، وتحسب عليه طلقة لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مُرْهُ فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون الا بعد طلاق (ن ، م : 75 ـ 76)

[وجوب النفقة للمطلقة رجعيا]

310 ـ وكل مطلقة يملك الزوج رجعتها (3) ، فالنفقة لها واجبة على زوجها ما دامت في العدة .

[استحقاق الحامل للنفقة]

311 ـ وكل مطلقة لا يملك الزوج رجعتها ، فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملا (4) .

[استحقاق المعتدة للسكنى]

312 ـ وكل معتدة فلها السكنى على زوجها ، ملك رجعتها أو لم يملك (5) .

[من ألفاظ الطلاق]

313 ـ وأصل مذهب مالك : أنه اذا خاطبها بلفظ : ما كان ، وهو يريد الطلاق ، فانها به طالق ، وإن لم يكن ذلك الكلام من ألفاظ الطلاق (6) .

[التصريح بالطلاق خطأ]

314 ـ وإذا خاطبها بالطلاق مفصحا على وجه الغلط ، اراد ان يقول غير ذلك ، فقال : انت طالق ، فلا يلزمه من ذلك شيء .

---

3) اجمع المسلمون على ان الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك » البقرة : 228 .

ومن شرط الرجعي ان يكون في مدخول بها (ن . م : 71 وما بعدها)

4) ينفق على الحامل حتى تضع حملها قال مالك : وهذا الامر عندنا ، كانت مطلقة طلقة واحدة او ثلاثا لقوله تعالى : « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن) الطلاق : (تنوير الحوالك : 99/2) .

قال خليل : « ولا نفقة بدعواها الا بظهور الحمل وحركته » ومثله لو شهدت امراتان بحملها على المشهور .

وإذا أنفق عليها في دعوى الحمل ثم أنفش لم يرجع بما أنفق خلافا لابن المواز . إلا أن كان بقضية فيرجع اتفاقا ، وان تحقق الحمل وجبت لها نفقة الماضي والمستقبل (قوانين الاحكام : 176)

5) السكنى واجبة لكل مطلقة مدخول بها سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا ، وسواء كان المسكن له أو نقد كراءه أولا لأنها محبوسة بسببه (الفواكه الدواني : 67/2) .

[ادعاء عدم الطلاق بعد التصريح به]

315 ـ وان قصد الى لفظ الطلاق فتكلم به مخاطبا لها ، الا انه يزعم انه لم يرد العزيمة على الطلاق ، فهي طالق .

[التراجع في يمين الطلاق]

316 ـ وإذا أراد أن يحلف على شيء ، فقال لها : أنت طالق ثلاثا ، ثم حالت نيته على الحلف فأمسك ، فلا يلزم من ذلك القول شيء .

[تعليق الطلاق بأجل]

317 ـ وكل من طلق امرأته الى أجل من الآجال ، فانظر اليه : فإن طلقها الى أجل قد يأتي ولا يأتي ، فلا تطلق إلا الى ذلك الأجل إن أتى .

[الحلف بطلاق من لم يتزوجها]

318 ـ وكل حالف بطلاق كل امرأة يتزوجها ، فلا يلزمه من ذلك شيء ، إلا أن يضرب لذلك أجلا ، أو يذكر بلدا ، أو قوما ، أو قبيلا ، أو يقصد الى عين امرأة ، فإنه يلزمه ذلك (7) .

قال محمد : هذا الاصل هكذا جرى في امهات ابن القاسم ، وهذا المعروف من مذهب مالك . وعليه نصب المخالف حججه والف كتبه .

---

6) اجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح . وهو عند مالك لفظ الطلاق . وما عداه كناية ، وهي اما ظاهرة أو محتملة .

فالظاهرة مثل : حبلك على غاربك ، ومثل : البتة ، وانت خلية ، وبرية .

واما المحتملة فيعتبر فيها النية (بداية المجتهد : 88/2 ؛ الفواكه الدواني : 37/2)

7) هذا ما أوضحه ابن جزي إذ قسم تعليق الطلاق على شرط التزوج الى قسمين :

ـ قسم لازم ، وهو الذي تخصص فيه بعض النساء بعينها او قبيلتها او بلدها .

ـ قسم غير لازم ، وهو الذي يعمم فيه المطلق جميع النساء (قوانين الاحكام : 256)

وفي هذا الأصل تدافع محمد بن عبد الحكم وابو ابراهيم المازني الجوابات ، حتى بلغ ما حفظت عنهما من القول في ذلك جزءين .

وقد ذكر أبو زيد بن أبي الغمر في سماعه من ابن القاسم نقض هذا كله ، ذكر انه كتب اليه صاحب الشرطة في : رجل حلف بطلاق امراة البتة إن تزوجها ، فتزوجها ودخل بها . فكتب اليه ابن القاسم : لا يفرق بينهما .

وذكر ابن المسبب : قال له رجل : اني حلفت بطلاق امراة ان تزوجتها ، فقال له : تزوجها ، وإثمك في رقبتي (8) .

[ظهار الرجل ممن لم يتزوجها]

319 ـ وفرقوا بين الطلاق والظهار (9) في هذا الباب ، فزعموا : أنه إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي (10) ، أنه يلزمه ذلك ، وليس كالطلاق ، وكفارة (11) واحدة تجزئه في ذلك .

والفرق بينهما ان تحريم الظهار ينحل بالكفارة ، وتحريم الطلاق لا ينحل .

---

8) هذا ظاهر المدونة . قال مالك : لا شيء عليه وليتزوج اربعا (122/2)

9)هو الوارد في قوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » المجادلة : 3 . ومعنى المظاهرة شرعا : ان يشبه الرجل من تحل له بمن تحرم عليه أبدا .

10)كذلك إذا ذكر عضوا غير الظهر فهو ظهار عند مالك . وكذلك إذا قال : هي علي كأمي ، أو شبهها بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد . وخالف في ذلك ابن الماجشون (بداية المجتهد : 121/2)

11)هي ثلاثة انواع : عتق رقبة ، او صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وهي على الترتيب .

[الايلاء والظهار واللعان والخلع] (*)

[أنواع الايلاء]

320 ـ قال محمد : والايلاء منقسم على وجهين :

ـ وجه واحد : أجله من يوم الحلف والايلاء ، وهو نفس الايلاء : أن يحلف لا يمس امرأته أكثر من اربعة أشهر ، فإذا مضت أربعة أشهر من يوم يمينه وقف إن وقفته امرأته ، فإما فاء ، وإما طلق .

ـ والوجه الثاني من الايلاء : أجله من يوم ترفعه امرأته الى السلطان ، وهو أن يحلف بطلاقها : ليفعلن فعلا ، فيكون في حكم اليمين على حنث ، فيكف عن الوطء حتى يبر ، فتقوم امراته ، فيضرب له اجل/الايلاء من يوم تقوم به . [17 ـ ب]

وهذا إذا كانت يمينه على فعل نفسه ،

---

*) الاصل في الايلاء قوله تعالى : « للذين يؤولون من نسائهم تربص اربعة اشهر » البقرة : 226 .
والايلاء هو : أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر ، أو بطلاق إذا انقضت الاربعة اشهر ، فاما فاء واما طلق ، لقوله تعالى « فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » البقرة : 226 و227

وللمالكية في الآية أربعة أدلة :

ـ انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة .

ـ ان الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله .

ـ قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » قالوا : فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهـــو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .

ـ ان الفاء في قوله تعالى : « فان فاؤوا فان الله غفور رحيم » ظاهرة في معنى التعقيب ، يدل ذلك على ان الفيئة بعد المدة(بداية المجتهد : 115/2)

وأما ان كانت يمينه على فعل غيره ، فلا يضرب له في ذلك اجل الايلاء ، وانما يضرب له السلطان في ذلك اجلا على قدر ما يرى انه اليه حلف لا غير (1).

[متعة المطلقة]

321 ـ وانظر : فكل مطلقة بعد الدخول ، فلها المتعة ، الا المختلعة (2) ، والملاعنة (3) ، والمبارية (4) ، والمفتدية (5) ،

ولا متعة للتي لم يدخل بها الا ان يكون لم يسم لها صداق ، ويكون نكاحها نكاح تفويض (6) .

[الطلاق ثلاثا]

322 ـ وإذا قال لها : أنت حرام ، أو حبلك على غاربك ، فهي ثلاث .

[تخيير الزوجة]

323 ـ وأصل مذهب مالك : في الخيار إذا خيرها (7) ، يعني بعد الدخول ، في نفسها ، فقضت بالثلاث ، لم يكن له أن يناكرها ،

---

1) فان ابى الفيء او الطلاق طلق القاضي عليه ، وهو نظر الى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به (بداية المجتهد : 177/2)

2) هي التي تختلع من كل الذي لها (شرح حدود ابن عرفة : 188) .

3) يعلل ابن فرحون حرمان الملاعنة من المتعة بان الشيء الذي وقع بينها وبين زوجها لا يجبر بالمتعة (المسائل الملقوطة : 15 ظ)

4) المبارية : التي تباري زوجها قبل البناء (شرح حدود ابن عرفة : 188) .

5) المفتدية : التي تعطي بعض الذي لها (ن . م)

6) في المدونة فيمن حرمن من المتعة : « لا متعة لمختلعة ، ولا مصالحة ، ولا ملاعنة ، ولا مطلقة قبل البناء وقد سمي لها ، ولا من اختارت نفسها لعتقها » وزاد اللخمي : التي قامت لعيب بزوجها ، والتي فسخ نكاحها ولو لعارض حدث ، والتي اشتراها زوجها لبقائها معه .

(التاج والاكليل : 105/4 ؛ مقدمات ابن رشد : 101/2)

7) يخير الزوج زوجته بان يجعل انشاء طلاقها ثلاثا حقا لها .

وإن قضت بدون ذلك بواحدة ، او اثنتين ، فلا يلزم الزوج شيء من ذلك (8) .

[تمليك الزوجة]

324 ـ وإن ملّكها (9) أمرها فقضت بالثلاث ، كان له أن يناكرها ، ويردها الى الواحدة إذا نوى ذلك بعد يمينه ،

فإن لم تكن له نية ، فليس له أن يناكرها .

[حدّ خيار الزوجة وتمليكها]

325 ـ واختلف قول مالك في الحد الذي ينقطع اليه ما جُعل بيد المرأة من الخيار أو التمليك :

فكان يقول : ذلك بيدها ما لم تقم من مجلسها ،
ثم رجع فقال : ذلك لها ما لم توقف ، فتقضي أو ترد ،
وبقوله الأول يقول ابن القاسم .

---

8) أشار ابن حارث الى تخيير الزوجة بين البقاء مع زوجها أو فراقه .
والحكم أنها إذا اختارت الفراق تنحلّ العصمة تماما ويقضى بالثلاث وليس للزوج أن يناكرها في ذلك ، لأن الخيار في هذه الحالة مطلق : تختار به الطلاق البائن أو البقاء ،
وليس لها اختيار طلقة واحدة أو طلقتين ، فإن اختارت واحدة أو اثنتين سقط خيارها (بداية المجتهد : (58/2 ؛ قوانين الاحكام : 258) .
9) عرف ابن عرفة التمليك شرعا بقوله : « جعل انشائه حقا لغيره راجحا في الثلاث يخص فيا دونها بنية أحدهما » (شرح حدود ابن عرفة : 197)
والتخيير والتمليك من أنواع الطلاق . ولها احكام خاصة وهما متباينان على المشهور من المذهب (بداية المجتهد : 58/2)
انظر الفرق بين قاعدة التمليك وقاعدة التخيير في (فروق القرافي : 175/3 ، الفرق : 168)
الظهار : أن يشبه الزوج زوجته بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بها .
اللعان : أن يحلف الزوج على زنا زوجته أو على نفي حملها اللازم له . وأن تحلف هي على تكذيبه إذا كان نكولها يوجب حدها .
الخلع : عقد معاوضة على البضع ، تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض .

[الظهار من أجنبية]

326 ـ ومن أصلهم : أنه إذا خاطب امرأة أجنبية بالظهار ، فقال لها : أنت علي كظهر أمي ، فانه لا يلزمها ذلك ، إن تزوجها يوما ما ،

إلا أن يكون قال لها : ان تزوجتك (10) ، أو نوى ذلك بقلبه ، وليس كالايلاء .

[الايلاء من الأجنبية]

327 ـ ولو أن رجلا خاطب امرأة فقال لها : والله لا وطأتك ، ثم تزوجها لزمه الايلاء ، وان لم يقل : ان تزوجتك ، ولا نواه .

[وجوب الكفارة على المُظاهر]

328 ـ وإذا وطىء المرأة التي ظاهر منها ، فقد وجبت الكفارة عليه (11) وجوبا لا يُلزِمُهُ موتُها ان ماتت ، ولا طلاقها إن طلقها (12) .

وإذا أراد أن يكفر المظاهر فانما تجب عليه الكفارة على حكمه في وقت الكفارة :
إن كان موسرا ، فلا يجزئه إلا العتق ،
وإن كان صحيحا قويا ، فلا يجزئه الا الصوم (13) ، وإن كان يوم القول على غير ذلك الحكم .

---

10) الذي يظاهر من الأجنبية دون أن يعلق ظهاره على الزواج ، لا يلزم بشيء على الصحيح من المذهب ، ولو قصد الظهار ، كما لا يلزم الطلاق لذات المحرم لو قصد الطلاق (مقدمات ابن رشد : 146 ، 147) .

11) كفارة الظهار هي كما قال ابن أبي زيد :هي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب ، ليس فيها شرك ولا طرف من حرية ، فان لم يجد صام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدّين لكل مسكين . ولا يطؤها في ليل أو نهار حتى تنقضي الكفارة (الفواكه الدواني : 2/50 ـ 52) .

12) تسقط الكفارة إن لم يطأ المظاهر إذا ماتت أو طلقت (أسهل المدارك : 2/171) .

13)إن حصل له اليسار بعد الشروع في الصوم تمادى، إلا أن يفسده فيتعين العتق (الفواكه الدواني : 2/52) .

[شروط العبد في كفارة الظهار]

329 ـ ومن قولهم في العبد المعتق في الظهار: إنه لا يجزىء إلا أن يكون مسلما ، تام الخلقة ، سالما من النقص والعيوب ،

حاشى أنهم قالوا في الأعور: انه يجوز عتقه في الظهار،
وقد قال بعض الرواة من أصحاب مالك : لا يجزىء (14) .

[أوجه اللعان]

330 ـ وجملة القول في اللعان : إنه لا يكون إلا بأحد وجهين :

ـ برؤية (15) لا مسيس بعدها .

ـ أو بنفي حمل (16) ، ويدعى قبله استبراء (17) .

قال ابن الماجشون : ولا لعان في الحمل ، لأنه قد يَنْفَشّ .

[مخالعة الولي]

331 ـ وجائز أن يخالع الأب أو الوصي عن الطفل زوجته .

---

14) الذي ذهب اليه خليل في مختصره : أن الأعور يجزىء حيث قال : « ويجزىء أعور » . وذلك لأن العين الواحدة تغني عن العينين (ن ، م) .

15) أي برؤية الزنا كالمرود في المكحلة . والمشهور وأنه يكفي أن يقول : رأيتها تزني ، قال خليل في توضيحه : إن البصير إذا تحقق زناها لاعن وان لم يرها ، وهو مذهب المدونة ، فالرؤية ليست قيدا بل يكفي التحقق .

16) لا لعان على المجبوب في نفي الحمل كحمل زوجة الصبي . وكذا الخصي على كلام ابن القاسم وابن حبيب لأنه لا يلحق به .

17) يكون هذا الاستبراء ولو بحيضة .

ومثل الاستبراء دعوى عدم الوطء بعد وضع الحمل الأول الذي قبل الحمل المنفي ، والحال ان بينهما ما يقطع الأول عن الثاني ، وهو ستة أشهر فأكثر .

والملاحظ انه لا يجوز لأحد نفي حمل من زوجته ، فيما عدا ما تقدم ، حيث يكون معتمدا لأمر قوي ، لا لمجرد شك ، لأن الولد للفراش .

ولا يخالع عن البكر إلا الأب فقط . ولا يخالع الوصي (18) .

[الخلع بالغرر]

332 ـ ومن قولهم : إن الخلع بالغرر جائز (19) .

ولا يجوز بالحرام الذي يضارع الربا بالخلع على السلف : كضَعْ وتَعَجَّلْ ، (20) وما شاكل ذلك .

[طلاق الحكمين]

333 ـ وأصل قولهم في الحكمين : إنهما لا يطلقان أكثر من واحدة ، وإن اجتمعا على الثلاث لم يلزم من ذلك إلا واحدة بائن (21) .

وقال المغيرة وأشهب : تلزم الثلاث إذا اجتمعا عليها .

---

18) اما خلع الوصي عن البكر فلا يكون الا برضاها (الشرح الصغير : 520/2) .

وفي التوضيح في خلع الأب عن السفيه قولان (الصاوي على الشرح الصغير : 520/2) .

19) يجوز الخلع بالمجهول أيضا لأنه الظاهر من عموم قول الله عز وجل « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » البقرة: 226 . فليس طريقه طريق المبايعات التي تبتغى فيها الاثمان ، وانما المبتغى فيه تخليص الزوجة من ملك الزوج ، فلا يضر الجهل بالعوض ، الا ترى ان النكاح لما لم يكن طريقه طريق المبايعات المحضة وكان المبتغى فيه المكارمة والاتصال ، جاز على عبد غير موصوف وعلى شوار بيت موصوف ، وما اشبه ذلك من الغرر اليسير الذي لا يزول جملة ، فيبقى البضع بلا صداق ، لأن الصداق حق لله تعالى ، فلا يجوز إسقاطه ، والخلع ليس حقا لله فجاز بالغرر الكثير من جميع جهاته وان ذهب جملة فيبقى بغير عوض .

وقد قيل : إن الخلع بالغرر والمجهول لا يجوز . والمشهور الأول (مقدمات ابن رشد المطبوع مع المدونة : 257/2) .

20) هذه من صور البيع المحرمة باتفاق الأربعة . وبيانها : أن يكون لشخص على آخر دين لم يحلّ فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه . ومثل ذلك جن يعجل بعضه ويأخر بعضه الى أجل آخر . وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عينا وبعضه عرضا .

ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق . ويجوز أن يعطيه في دينه عرضا قبل الأجل وإن كان يساوي أقل من دينه (قوانين الأحكام : 185 ـ 186) .

21) قال مالك : « لا يجوز لهما أن يخرجاها من يده بغير طلاق السنة وهي واحدة لا رجعة فيها حكما عليهما فيه بمال أو لم يحكما فيه لأن ما فوق واحدة خطأ وليس بالصواب وليس بمصلح لهما أمرا والحكمان إنما يدخلان من أمر الزوج والزوجة فيما يصلح لهما وله جعلا .

[الحضانة] *

[استحقاق الحضانة]

334 ـ وأصل قولهم في الحضانة : اذا نزل الاختلاف فيها بين الرجل والمرأة وقد طلقها ، أن الأم أحق بالحضانة للغلام حتى يبلغ ، وللجارية حتى تتزوج .

فإن لم تكن أم فالجدة للأم ، وهي أولى من الأب ، ثم الخالة إذا لم تكن جدة للأم ، ثم الجدة من قبل الأب ، ثم الأخت ، ثم العمة .

هؤلاء أحق ما لم يرد الأب ، أو الولي ، الانتقال عن ذلك البلد الى غيره ،

فإن أراد ، فهو أحق بالولد ، الا ان يرضى من له الحضانة بالانتقال معه حيث انتقل (1) .

---

*) الحضانة لغة مصدر حضن ، تقول حضن الصبي يحضنه حضنا : رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه (لسان العرب : حضن) .

وشرعا : حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه وتنظيف جسمه .

1) اذا أراد الأب أو الولي ان يستوطن مكانا بعيدا عن مكان من لها حق حضانة الطفل ، فله ان يأخذه معه ويستأثر به دونها اذا كان مأمونا على الطفل ، واذا رضيت الانتقال الى هذا المكان ليستمر حنها في الحضانة فلها ذلك .

قال ابن عاصم :

وحيث بالمحضون سافر الولي   بقصد الاستيطان والتنقل
فذاك مسقط لحق الحاضنة   الا اذا صارت هناك ساكنة

وينطبق هذا الحكم حتى على المحضون اذا كان رضيعا على المشهور بشرط ان يقبل ثديا غير ثدي أمه .

وإذا كان السفر للتجارة والسياحة فلا يسوغ للأب أو الولي ان ينزع الولد من الحاضنة (البهجة : 387/1 ؛ قوانين الأحكام : 248) .

باب العِدَد والاستبراء *

[عدة الحرة من الوفاة]

335 ـ/قالَ محمد : عدة الحرة من الوفاة كما قال الله تبارك وتعالى « أربعةَ أشهر وعشرا » (1) ، كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية . [18 ـ أ]

وعليها في هذه العدة الاحداد : ترك الزينة ، وترك المصبوغ من الثياب (2) . وعليها ألاّ تبيت إلا في بيتها (3) .

واختلف أصحاب مالك في هذه المعتدة ، اذا انقضت عدتها من هذه الشهور والأيام ولم تر دما من حيضة :

فروى أشهب عن مالك في الديوان المستخرج من الأسمعة : أنها لابد لها من حيضة كانت أيام طهرها أقل من مثل العدة أو اكثر .

---

*) عدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال .

1) قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » البقرة : 234 .

2) سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية . ويشمل الاحداد أيضا ترك الطيب والكحل ولباس ما يزين من المصبوغات بخلاف الأسود والأبيض ، وقال أشهب : لا تدخل الحمام . واختلف في الكحل للضرورة (قوانين الاحكام : 175) .

3) لا تخرج الا من ضرورة ، فان خرجت من غير عذر ردها السلطان . والضرورة كالخروج خوفا من لصوص ، أو لهدم الدار ، أو غلاء كرائها ، فان انتقلت لزمها المقام حيث انتقلت ، ولها الخروج نهارا في حوائجها ولا تبيت الا في دارها . وهذا الحكم ينطبق على المعتدة عدة طلاق (ن ، م) .

وحكى عبد الملك بن حبيب في كتاب الطلاق من كتابه عن ابن الماجشون أنه يقول : إذا مضت عدتها من هذه الشهور والأيام المذكورة حلت للأزواج ، وتزوجت ، حاضت أو لم تحض .

وذكر عن مطرف عن مالك أنه قال :
إن كانت أيام طهرها دون أيام العدة فهي مسترابة ، ولا تتزوج حتى تتم تسعة أشهر الا ان تحيض قبل ذلك ،
وإن كانت فوق أيام العدة فلا شيء عليها ، لأنها لم تسترب بانقطاع دم .

[عدة الحرة من الطلاق]

336 ـ وعدة الحرة من الطلاق ثلاثة قروء (4) .

والقرء : الطهر في مذهب مالك ، فإذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد حلت للأزواج ،
ولا إحداد على مطلقة ، الا انها لا تبيت الا في بيتها .

وإن كانت ممن لا ترى حيضا لصغر أو كبر فثلاثة أشهر (5) .

---

4) لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء » البقرة : 228 .
هذا بالنسبة للمدخول بها ، اما التي لم يدخل بها فلا عدة عليها لقوله تعالى « فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » الاحزاب : 49 .
أما المطلق الذي راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل ان يمسها فهل تستأنف عدتها أم لا ؟
يرى مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس (بداية المجتهد : 108/2) .
والمذهب أنه إذا طلقها في طهر كان بقية الطهر قرءا كاملا ، ولو كان لحظة فتعتد به ، ثم بقرئين بعد ، فذلك ثلاثة قروء ، فاذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد تمت عدتها ،
وإن طلقها في حيض لم تحل حتى تدخل في الرابعة من التي طلقت فيها (قوانين الاحكام : 173)
5) لقوله تعالى : « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » الطلاق : 4 .
والعبرة في الشهور بالأهلة . واذا طلقت في اثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهلة وكملت المنكسر ثلاثين يوما من الرابع ولو كان المنكسر ناقصا ولا تحسب يوم الطلاق إن اطلقت بعد فجره (الفواكه الدواني : 62/2) .
أما المطلقة غير المدخول بها فلا عدة عليها ، ومثلها التي دخل بها ولم يمكن وطؤها إلا ان تقر بالوطء ، أو يظهر بها حمل ولم ينفه ، فتجب عليه العدة لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان =

[عدة الحرة المستحاضة]

337 ـ وعدة الحرة المستحاضة (6) من الطلاق سنة ، ومن الوفاة أربعة أشهر وعشر .

وروى عيسى : أن عليها في الوفاة البلوغ الى تسعة أشهر. لأن ذلك هو حد انقضاء استبراء الرحم .

[عدة الحرة المسترابة]

338 ـ وعدة الحرة المسترابة (7) من الوفاة تسعة أشهر . ومن الطلاق سنة .

وإنما افترق حكم العدتين لأن أصلهم الذي بنوا عليه : أن كل عدة وفاة فالعدة قبل الاستبراء ، وكل عدة طلاق فالعدة بعد الاستبراء .

وإذا استرأبت الحرة من زنى ، أو استكراه ، أو من غلط ، فانها تستبرى* بثلاث حيض .

[عدة الأمة من الوفاة]

339 ـ وعدة الامة من الوفاة شهران وخمس ليال (8) .

قال أشهب : وذلك اذا كان مثلها لا تحمل ، وان كانت في سن من تحمل فلا ىبرئها الا ثلاثة أشهر .

= مسكن معه فعليها ان تعتد في بيت مواليها حيث كانت تبيت وهو من الاحداد . ولهم أن يخرجوها الى السوق للبيع بالنهار . وإن أرادوا تزيينها للبيع فلا يزينوها بالمصبوغ ولا بالحرير ولا يطيبوها ، إلا الزيت فلا بأس به فهي شبيهة في ذلك بالحرة (المدّونة : 76/2 ، 77) .

6) دم الاستحاضة هو ما زاد على دم الحيض والنفاس وهو دم علة وفساد (لباب اللباب : 119 ، المقدمات : 87/1) .

7) المرتابة هي التي ارتفعت حيضتها إما بغير سبب أو بسبب شرعي ، وهو اما مرض أو رضاع أو استحاضة (ن ، م) .

*) الاستبراء لغة : هو البحث عن الشيء والكف عنه .

وشرعا : هو البحث عن حال الارحام لتعلم برية هي ام لا (لباب اللباب : 120) .

8) على الامة الاحداد أيضا في قول مالك وتعتد في بيت زوجها ولها الذهاب الى أهلها في النهار . وإن لم يكن لها =

[عدة الأمة من الطلاق]

340 ـ وعدتها في الطلاق قرآن ، على النصف من عدة الحرة (9) . الا ان القرء لا ينقسم ، فيستتم .

وان كانت في سن من لا تحيض ، لصغر أو كبر ، فثلاثة أشهر (10) .

وحكم الأمة حكم الحرة في الاستحاضة والاسترابة في جميع ما ذكرته .

[المرأة المرتابة]

341 ـ وكل من تمادت بها الريبة بعد الأجل التي مدتها من السنة أو التسعة الأشهر ، رفعت الى أقصى ما تلد له النساء ، وهو خمسة أعوام ، فإذا بلغت ، فقد انقضت الريبة .

[الاستبراء بحيضة]

342 ـ وكل ما استبرئت فيه الأمة فحيضة واحدة يجزىء فيها .

[عدة أم الولد]

343 ـ وعدة أم الولد من سيدها ، اذا مات ، حيضة ،
وعدتها من زوج ان كان لها ، كعدة الأمة من الأزواج ، على ما تقدم تفسيره (11) .

= توسهن فما لكم عليهم من عدة تعتدونها » (الأحزاب : 49) لأن العدة شرعت من أجل براءة الرحم . وكذلك لا تعتد زوجة الصغير ولا غير المطيقة (الفواكه الدواني : 63/2) .

ووجبت عدة الوفاة من غير اعتبار بلوغ زوج أو اطاقة زوجة لأن فيها نوعا من التعبد (ن ، م) .

9) كذلك من فيها بقية رق كالمبعضة والكتابية وام الولد والمدبرة ، فتحل بأول الحيضة الثانية إن طلقت في طهر ، أو الثالثة إن طلقت في حيض ، وسواء كان الزوج حرا أو عبدا ، لأن العبرة في العدة بالمرأة وفي الطلاق بالزوج (الفواكه الدواني : 61/2) .

10) مثلها مثل الحرة . ويشترط في الصغيرة ان تكون مطيقة ، والكبيرة قد يئست من الحمل (ن ، م : 62/2) .

11) لها السكن مدة استبرائها ولا نفقة لها ، ولو كانت حاملا ، ما لم يعتقها وهو حي ، والا كان لها السكن والنفقة ان كانت حاملا (الصاوي على الشرح الصغير : 691/2) .

[عدة الحامل واستبراؤها]

344 ـ قال محمد : وكل من وجب عليها عدة أو استبراء ، بأي وجه كان ، وكانت حاملا ، فإن حكم الأقراء والشهور والحيض زائل عنها ، فانما يبرئها وضع الحمل ، ولا شيء عليها بعد غيره (12) .

[استبراء الأمة]

345 ـ وكل من زال ملكه عن أمة ، ثم عاد ملكه عليها ، لم يحل أن يطأها حتى يستبرئها ، كان مالكها رجلا أو امرأة أو صبيا (13) .

وإذا استبرأ الأمة بحيضة (14) ،/ثم أعتقها من بعد ، حلّت مكانها للزوج . [18 ـ ب]

وإن مات عنها لم ينفعها استبراؤه ، ولم ينتفع بذلك من تصير اليه ، ولابد من حيضة .

[استبراء أم الولد]

346 ـ وأم الولد إذا أعتقها ، أو مات عنها (15) ، فلابد من حيضة ، كان السيد قد استبرأها أو لم يكن (16) .

[لا إحداد على أم الولد]

347 ـ ولا إحداد على أم الولد ، وعليها ألا تبيت إلا في بيتها .

---

12) انبنى هذا الحكم على قوله تعالى : « وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » الطلاق : 4 . وهو عام يشمل كل حامل .

وقال ابن رشد : « ان كانت المرأة حاملا فعدتها وضع الحمل في الوفاة والطلاق جميعا » (المقدمات : 64/2 ، 65) .

13) هناك حالات أخرى يجب فيها الاستبراء وردت في (المدونة : 123/6 : قوانين الأحكام : 265) .

14) تستبرأ بحيضة ان كانت من ذوات الحيض ، أو بثلاثة أشهر ان كانت من غيرهن (الشرح الصغير : 701/2) .

ولا تصدق في دعواها الاستبراء بحيض ، أو وضع حمل ، حتى ينظرها النساء (الصاوي على الشرح الصغير : 701/2) .

15) كذلك ان غاب عنها سيدها غيبة علم انه لم يقدم منها (الشرح الصغير : 704/2) .

16) لانها فراش للسيد فالحيضة في حقها كالعدة في الحرة (ن . م : 704/2 ، 705) .

باب من يجب عتقه ويحرم ملكه

[العتق بالقرابة]

348 ـ قال محمد : الذين يجب عتقهم على الرجل إذا ملكهم في مذهب مالك بن أنس وغيره من رواة أصحابه : الولد ، وولد الولد ، وان تباعدوا ، والأب ، والأم ، والأجداد من قبل الأب والأم ، وإن تباعدوا ، والاخوة ، والأخوات لا غير .

قال ابن وهب : والعم .

وما أعرف أحدا من أصحاب مالك ذكر العم الا ابن وهب .

[العتق بالمثلة]

349 ـ وكل من مثل بعبده أعتق عليه (1) .

واختلف ابن القاسم وأشهب في تمام عتقه .

---

1) يقول عبد الله بن ابي زيد : « من مثل بعبده مثلة بينة ، من قطع جارحة ونحوه ، عتق عليه » .
وهذا الحكم ينبني على قوله صلى الله عليه وسلم « من مثل بعده أو حرقه بالنار فهو حر ، وهو مولى الله ورسوله » أحمد (مسالك الدلالة : 257) .
وقد أوضح الفقهاء الأمور التي تضر بالرقيق وتحدث بهم عيوبا وتعد من التمثيل الموجب للعتق انظرها في (الفواكه الدواني : 159/2) .

فقال ابن القاسم : لا يعتق الا بالقضية (2) .

وقال أشهب : يعتق بالمثلة به دون القضية .

[عتق الشقص من العبد]

350 ـ وإذا أعتق من عبده شقصا وجب أن يعتق عليه بقيته (3) . ولا يتم عتق تلك البقية الا بالقضية ، ودون ذلك لا يتم .

وإذا أعتق نصيبه من عبد بينه وبين صاحبه استتم عليه ان كان موسرا (4) . ولا يتم عتق جميعه دون القضية (5) ، كما قال غير مالك من أهل العلم .

[التمثيل بالمكاتب]

351 ـ وإذا مثل بمكاتبه ، أعتق عليه . وإن كان للمكاتب فضل من أرش المثلة رجع به على سيده .

[إسلام عبيد المحاربين]

352 ـ وحكم عبيد أهل الحرب أنهم إن أسلموا أو خرجوا الى المسلمين ، أنهم أحرار ، لا يجوز ملكهم (6) .

---

2) يعتق الممثل به بعد حكم الحاكم ، بهذا هو المشهور ، وهو ما درج عليه خليل عندما قال : « وبالحكم ان عمد لشين برقيقه » (مواهب الجليل : 334/6) .

3) يستتم العتق على من اعتق جزءا من عبده (مسالك الدلالة : 256) .

4) اعتبر الفقهاء من أسباب العتق السراية ، وهي ان يعتق شريك نصيبه في عبد فيجبر على دفع قيمة حصة شريكه في العبد ويتحرر كله (لباب اللباب : 276) .

وقد ضبط الفقهاء لذلك شروطا انظرها في (قوانين الاحكام : 408) .

5) يتوقف هذا العتق على حكم الحاكم . قال ابن عاصم فيمن اعتق جزءا من عبده وفيمن اعتق نصيبه من عبد مشترك .

ومعتق للجزء من عبد له ... مطالـب بالحكم أن يكمله

وحـظ مـن شاركـه يقوم ... عليـه في السر وعتقا يلزم

(أحكام الأحكام على تحفة الحكام : 276) .

6) عبد الحربي إذا فرّ الى المسلمين قبل اسلام سيده كان حرا لأنه غنم نفسه ، سواء أسلم أو لم يسلم ، وسواء كان =

[الاقرار بحرية العبد ثم شراؤه]

353 ـ وإذا شهد الرجل على الرجل بعتق عبده ، فردت شهادته . ثم اشتراه من بعد ، أعتق عليه ، لما تقدم من إقراره بحريته . هذا قول ابن القاسم في أمهاته .

وقال أشهب : إن تمادى على إقراره بحريته أعتق عليه .

وقال ابن الماجشون : لا يعتق .

وقال المغيرة : إن كانت إنما ردت شهادته بحرية فلا يعتق عليه ، وان كانت انما ردت لنقصان الشهادة عن رجلين ، فأرى أن يعتق عليه .

[عتق أم الولد إذا حرم الاستمتاع بها]

354 ـ وأصل قولهم في أم الولد يدخل على سيدها فيها داخلة : يحرم عليه وطؤها ، مثل أن يطأها أبوه ، أو يطأها هو في عدة من زوج ، أو ما أشبه ذلك ، فإنه يجب عتقها لانه لا يملك فيها غير المنفعة .

وليس له عليها خدمة ، فاذا حرمت المتعة وجب العتق .

[الشك والنسيان في العتق]

355 ـ وإذا شك في عتق عبده لم يجز له أن يسترقه .

وإذا أعتق أحدّ عبدَيْه ثم أنسيه لم يجز له ملكهما (7) ، كالشاتين احداهما ذكية (8) والأخرى ميتة ، ولا يدري هذه من هذه ، فإنه لا يحل له أكل واحدة منهما .

فراره قبل نزول جيش المسلمين ببلادهم أو بعده ، ولا ولاء للسيد عليه ، ولا يرجع له إن أسلم ، وكذا يكون حرا ان اسلم ، أو بقي حتى غنم قبل اسلام سيده .

وأما إذا فرّ الينا بعد اسلام سيده أو مصاحبا لاسلامه فانه يبقى رقيقا لسيده (حاشية الصاوي : 306/2) .

7) انبنى حكم عتق العبد الذي شك سيده في عتقه وحكم عتق العبدين اللذين انسي سيدهما أيها أعتق منهما على قاعدة تشوف الشارع للحرية وهي قاعدة هامة فتحت أبوابا عديدة لتحرير العبيد .

8) أي مذكاة ذكاة شرعية .

باب أحكام العتق (*)

[الحلف بحرية العبد]

356 ـ قال محمد : كل من حلف على فعل : ألاّ يفعله ، بحرية عبده أو أمته ، فإنه على بر وله أن يطأ الأمة .

وإن حلف على فعل : ليفعله ، ولم يضرب لذلك الفعل أجلا ، فهو على حنث ولا يطأ الأمة .

وإن ضرب لفعله أجلا ، فهو على بر الى ذلك الأجل ، ويحل له الوطء .

وقال غير ابن القاسم : لا يحل له الوطء ، لأنها مرتهنة بيمين .

[موت السيد قبل البر باليمين]

357 ـ وكل من كان على حنث في يمينه بالحرية ، فمات قبل البر ، فانه يعتق المحلوف بحريته في ثلث الميت (1) .

---

*) قال ابن عرفة : هو رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي .

1) لم يكن العتق من رأس المال مراعاة لحق الورثة . وكذلك الامر بالنسبة الى الموصي الذي تنفذ وصيته من ثلث تركته (قوانين الاحكام : 409)

وإن كان الحالف على بر فمات قبل أن يفعل فقد حنث ، وعتق المحلوف عليه في الثلث ايضا . وقال أشهب : لا يعتق عليه اذا مات الحالف مدة التلوم .

وإن حلف على فعل شيء في حال الصحة ومات ولم يضرب لذلك أجلا ، فيعتق المحلوف عليه في الثلث ايضا لا من جميع المال ، لأن الحنث نزل بعد الموت وكل عتق بعد الموت فهو في الثلث ، لانه لم ينزل على الحنث حتى مات . فلما كان كذلك علمنا انه اراد عتقهم بعد موته (المدونة : 2/366 ـ 367)

[عتق المريض لجملة من عبيده]

358 ـ/وكل عتق عقده الرجل في مرضه بجملة عبيد له ، أو أوصى بذلك فيهم ، فلم يحملهم الثلث ، أو كان ذلك العتق في عدة من عدد كثير ، فان العتق في ذلك انما يكون بالقرعة ، [19 ـ أ]

إلا أن ينص أسماء العبيد عبدا عبدا فلا تدخل القرعة حينئذ . ويكون حكمهم حكم المدبرين في كلمة ، يعتق من كل واحد ما ينوبه في الحصص (2) .

[عتق الصحيح لجملة من عبيده]

359 ـ وإن كان ذلك العقد الذي انعقد فيهم انما انعقد في الصحة، مثل أن يحلف في الصحة بعتقهم : ليفعلن فعلا ، فلا يفعله حتى يموت ؛

أو يدبرهم في كلمة ، فإن العتق لا يكون فيهم بالقرعة وإنما يكون بالحصص .

[المُعتِقُ نصيبَه من عبد]

360 ـ وكل من أعتق شركا له في عبد ، فإنما ينظر في حاله في العسر واليسر يوم القيام والنظر لا يوم العتق ،

إلا أن يكون إنما أضرّبَ الشريكَ على القيام به لما يظهر من عسر ، فلا يكون له القيام من بعد ذلك إن أيسر (3)

[عتق العبيد المحلوف بحريتهم]

361 ـ وان خاطب جماعة عبيد له فحلف بعتق بعضهم : ليضربن بعضا ، فاختلطوا

---

2)هو بمنزلة من اعتق عبيدا له وهو مريض إن مات ، ووسعهم الثلث ، عتقوا ، والا أقرع بينهم فأخرج ما حمل منهم الثلث ورق الباقي (ن ، م : 374/2)

3) اصل المسالة أن العبد اذا كان مملوكا لشخصين فيعتق احدهما حظه منه فان مالكا يرى ان كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا ، اما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في ان يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما اعتق » اخرجه الشيخان وغيرهما (بداية المجتهد : 400/2) .

عليه ، فأصل القول في ذلك : أن يعتق العبيد (4) جميعا حاشا واحدا منهم ، فانك اذا فعلت ذلك حصل البر وخرج من يمينه .

[رجوع اليمين على الحالف بحرية عبده]

362 ـ وكل حالف بحرية عبده ، فانه ان باعه ثم اشتراه رجعت عليه اليمين .

وكذلك ان باعه ثم وهب له ، أو تصدق به عليه .

وأما إن ورثه لم يرجع اليمين .

وإن باعه عليه السلطان رجعت عليه اليمين .

هكذا ذكر ابن القاسم .

وقال غيره : لا يرجع عليه اليمين ، إذا باعه عليه السلطان .

[الحالف بحرية عبد يشتريه]

363 ـ وإذا حلف بحرية عبد يشتريه من الصقالبة ، فوُهِب له ، أو تُصُدِّق به عليه ، أو ورثه فانظر :

فإن كان إنما كره ملك الصقالبة ، وكان ذلك خاصة يمينه ومعناها ، فبأي وجه ملك منهم عبدا فإنه يعتق عليه .

وإن لم يرد كراهية الملك ، وأراد غير ذلك من الوجوه ، أو كانت يمينه يمينا مسجلة ، فلا حنث عليه ، ولا يلزمها العتق إلا فيما اشترى منهم فقط .

---

4) بالاصل ، زيادة : من ، بعد العبيد ، وبها لا يستقيم المعنى .

[العتق مقابل مال]

364 ـ وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك كذا وكذا دينارا . قال مالك : هو حر وعليه المال (5)

وقال بقول مالك من أصحابه : أشهب بن عبد العزيز .

وقال ابن القاسم : هو حر . ولاشيء عليه من المال . وذكره عن ابن المسيب .

وقال عبد العزيز بن الماجشون : العبد بالخيار . ان شاء قبل العتق . وكان عليه المال . وان شاء كان رقيقا . ولا شيء عليه . وهو مثل قوله : انت حر على ان عليك من المال كذا وكذا (6) .

[عتق الجنين]

365 ـ والأصل في عتق ما في البطون : أن عتقه ضعيف . وإن أدركه دين بيعت الأم . ورقّ برقّها . وإنما حريته بخروجه من البطن (7) .

[عتق عبد غير معين]

366 ـ وإذا أعتق أحَدَ عبدَيْهِ . ولم ينوه . ولم يسمّه . اختار واحدا منهما (8) فأعتقه .

فإن مات قبل أن يختار اختار الورثة . وكان سبيلهم سبيل صاحبهم .

ولا يشبه هذا الأصل أصل الطلاق . اذا طلّق واحدة ولم يُرِدْها بعينها . فان النساء بجميعهن يطلقن معا (9) .

---

5) انظر (المدونة : 392/2)

6) انظر (بداية المجتهد : 409/2)

7) هناك تفصيل في قيام الغرماء على سيد الامة الحامل انظره في (المدونة : 378/2)

8) في الاصل : منهم

9) قال القرافي : اذا اعتق احد عبديه يختار على المشهور . وقيل : يعم العتق الجميع . واذا طلق احدى نسائه يعم=

واعتل سحنون في الفرق بين العتق والطلاق : أن الرجل يجوز له أن يشتري العبد من العبدين يختاره ، ولا يجوز له أن يتزوج المرأة من المرأتين يختارها ، فإذا جاز الاختيار في الأصل جاز في الفرع . وإذا بطل من الأصل بطل من الفرع .

= الطلاق النسوة على المشهور وقيل : يختار .

والفرق أن الطلاق إسقاط للعصمة والاباحة ، والعتق قربة لا إسقاط وإن لزمها الاسقاط (الفروق : 110/2 - 111 ، الفرق : 79) .

باب أحكام أمّ الولد *

[نسب ولد الأمة]

367 ـ قال محمد : أصل قول مالك : إن الرجل إذا أقر بوطء أمته لزمه ولدها ، /إلا أن يدعي أنه استبرأها ، وتأتي بولد بعد ذلك الاستبراء بأكثر من ستة أشهر(1) . [19 ـ ب]

قال المغيرة : إذا أقر بوطئها لم يزل الولد عن فراشه إن أتت به ، إلا أن يقول : إنه استبرأها بثلاث حيض ، ويحلف على ذلك .

قال سحنون : أصحابنا كلهم يقولون : يجزيه من الاستبراء حيضة ، ولا يلزمه في ذلك يمين .

قال محمد : كلام المغيرة في تشديده على السيد هو أقرب الى الأصل وان لم يتبع القياس ، لأن أصلهم المعروف : أن الحرة إذا طلقها ، فاعتدت العدة الكاملة ثلاثة قروء ، ثم أتت بولد،أنه يلزم الزوج ما بينه وبين خمسة أعوام ، إلا أن ينفيه بلعان ، لأن المرأة قد ترى الدم على الحمل ، وفراش الرجل في الزوجة والأمة فراش واحد ، وحكمهما في الحال متفق .

---

*) أم الولد : هي الأمة التي استولدها سيدها .

1) أخبر مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : « ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يَدَعونهنّ يخرجن ، لا تأتين وليدة يعترف سيدها أن قد وطئها إلا ألحقتُ به ولدها ، فارسلوهن بعد أو أمسكوهن » ..

وكان عبد الله بن عمر إذا وطيء جارية له جعلها عند صفية بنت أبي عبيد ومنعها ان تخرج حتى يستمر بها حمل أو تحيض قبل ذلك (المدونة : 48/3) .

وأما لو أتت به لأقل من أمد الحمل من يوم الاستبراء ، فانها تكون به أم ولد ، لاعترافه بوطئها قبل الاستبراء ، والحامل في المذهب تحيض (الفواكه الدواني : 167/2) .

والذي لا بدّ منه أن يرد أحد الأصلين الى صاحبه لمن أراد النظر لنفسه والحياطة لدينه .

[سِقْط الأمة]

368 ـ وكل ما اسقطته الأمة من سقط ، قد تم خلقه أو لم يتم ، مما يعلم أنه ولد ، فإنما تكون به أم ولد (2) .

[استلحاق ولد الأمة]

369 ـ وإذا باعها وهي حامل ، أو معها ولد ، ثم استلحق الولد : لحق به (3) إذا لم يتهم ، مثل الرجل لا يكون له الولد ، ويكون لهذا الصبي اليه انقطاع ، فيكون ذلك سبب التهمة ، فإن لم يكن ذلك صدق .

قال أشهب : هو مصدق ، واستلحاق النسب يقطع التهم .

وإذا استلحق المديان ولد أمته صدق ، وليس بين الرواة في ذلك اختلاف .

وأصل مذهب ابن القاسم : أن كل من استلحق ولدا فإن قوله مقبول ، وهو مصدق حتى يتبين كذبه (4) .

وقال ابن الماجشون من رواية ابن حبيب : هو مكذّب حتى يتبين صدقه .

---

2) ذلك بعد اعتراف سيدها بوطئها وعدم استبرائها مما يعلم بشهادة العارفات من النساء أنه ولد كمضغة أو علقة (الفواكه الدواني : 156/2) .
ويترتب على سقوط السقط أيضا : انقضاء العدة ووجوب الغرة .
ولا تصير الأمة أم ولد الا بشرطين :
- إقرار السيد بوطئها كما تقدم مع الانزال ، ولو تم اقراره في حال المرض .
- أن تثبت ولادتها أو سقطها ولو بشهادة امرأتين حيث كان الولد معدوما ،
وأما لو أتت به وقالت : هذا الولد من سيدها مع اعترافه بالوطء والانزال ، فانها تصبح أم ولد ولو لم يحصل الاشهاد على ذلك . أما اذا لم يقر بالوطء ولا بينة لها ، فانه لا يلحق به ولا يلزمه يمين .

3) يلحق به الولد سواء كذبه المشتري أولا ، وسواء أعتقه أو لا (الشرح الصغير : 544/3) .

4) انظر موضوع الاستلحاق في (الشرح الصغير : 542،541/3) .

[شراء الرجل زوجه الامة]

370 ـ وإذا كانت زوجة الرجل أمة . فاشتراها وهي حامل . فهي بذلك الحمل أم ولد .

فإن وضعت قبل ان يشتريها ، ثم اشتراها : لم تكن بذلك الولد أم ولد . لأنه عبد في يد سيده .

وإن اشتراه أبوه بعد ذلك فأعتقه . لم تكن به أيضا أم ولد .

وإن كانت تلك الأمة لأبيه ، لم تكن له بذلك الولد أمّ ولد . لأن الولد قد عتق على جده وهو في البطن من قبل أن تشترى الأم .

[بيع أم الولد]

371 ـ وإذا باع الرجل أم ولده . فسخ البيع فيها (5) .

وإن أعتقها المشتري ، رد عتقها .

وإن ماتت قبل ذلك كانت المصيبة من البائع .

واختلف قول مالك في أم ولدِ المكاتب ، والمدبر ، إذا أعتق المكاتب أو المدبر :

فقال مرة : تكون أم ولد ، وقال أخرى : لا تكون أم ولد ، الا بما ولدته بعد تمام عتق سيدها .

[استلحاق اللقيط]

372 ـ وكل من استلحق لقيطا ، لم يصدق فيه ، إلا أن يكون لصدقه وجه ، مثل أن يكون رجلا لا يعيش له الولد فيلحقه لما يقول الناس في ذلك (6) .

---

5) لا يجوز بيع أم الولد ، وهي حرة من رأس المال عند موت سيدها الذي له فيها المتعة قبل موته . فإن باعها فهي مردودة له ، ويرد عتقها إن أعتقها مشتريها (المدونة : 55/3) .

6)مثال ذلك أيضا أن تشهد بينة بأنه ابنه ، ولا يكفي قوله : إنه ضاع له ولد ، فإن أقام بينة يلحق به الولد سواء كان مسلما أو كافرا وسواء حكم باسلام اللقيط أو كفره (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 181/4) .

وقال غير ابن القاسم من الرواة : لا يثبت في اللقيط دعوى لأحد (7) .

[وطء الأمة المشتركة]

373 ـ وإذا كانت الأمة بين رجلين ، فوطئها أحدهما ، فحملت ،

فإن كان موسرا ، غرم نصف قيمتها يوم الحمل ،

وإن كان معسرا ، قوِّمت عليه ، واتبعه بنصف قيمتها ، إن شاء الشريك ، وبيع ذلك النصف المتقوم فيما يجب عليه من القيمة ، ويتبعه بنصف قيمة الولد (8) .

قال محمد : قوله : يتبعه بنصف قيمة الولد بعد أن يضمنه قيمة الامة ، كلام فاسد ، لأنه يأخذ قيمة ولد قد أزال عن نفسه ملك أمه في ذلك الحين الذي وضعته بأخذه قيمتها يوم الحمل .

[انتزاع مال أم الولد]

374 ـ وأصل قولهم : أن أم الولد للسيد ان ينتزع مالها متى شاء ، ما لم يمرض ، فإذا مرض لم يكن له ذلك ،/لأن المرض أول أسباب الموت ، وبالموت تعتق . [20 ـ أ]

[الجناية على أم الولد]

375 ـ وأحكام أم الولد فيما جني عليها ، أحكام أمة لا عتق فيها ،

[جناية أم الولد]

376 ـ وحكمها إذا جنت جناية : أن يجبر السيد على افتدائها بالأقل من قيمتها ، أو من أرش الجناية .

---

7) لعل ابن القاسم ينظر الى قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم » الاحزاب : 5 .

8) قال مالك : تصبح هذه الأمة أم ولد للذي حملت منه (الفواكه الدواني : 149/2) .

[سبي أم الولد]

377 ـ وحكمها إذا سباها العدو، ثم غنمها المسلمون : أن يجبر السيد على فدائها بجميع ما وقعت به في السهمان ، فإن كان فقيرا أتبع به دينا .

وقال المغيرة : يفتديها بالأقل من قيمته ،أو مما وقعت به في السُّهمان مثل الجناية (9) .

9) يجب فداء ام الولد بدفع القيمة لشبهها بالحرة، واتبعت ذمة سيدها ان اعسر (الشرح الصغير : 290/3 ـ 292) .

باب أحكام المكاتب (*)

[تعجيل الكتابة]

378 ـ قال محمد : من قولهم : ان المكاتب إذا عجّل ما عليه من الكتابة قبل أجلها ، جُبِر السيد على قبضها ، إن أبى قبولها ، وعتق العبد وتمت أحكامه (1) .

[تعجيز المكاتب نفسه]

379 ـ ولا يجوز للمكاتَب أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر (2) .هذا قول ابن القاسم .

وقال ابن كنانة وابن نافع : له أن يعجز نفسه ، وان كان له مال ظاهر .

وإذا رضي المكاتَب بالتعجيز ، ولم يكن له مال ظاهر ، فهو عبد كما كان قبل الكتابة .

قال سحنون : لا يجوز تعجيزه إلا عند السلطان .

---

*) العبد المكاتب هو الذي يتفق مع سيده ، على أداء أقساط من المال ليخرج من الرق .
وقد حرض تعالى على مكاتبة العبيد لتحريرهم فقال سبحانه : « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ، فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » النور : 33 .
وإذا وقع الاتفاق على أداء المال حالا ، فهي مقاطعة .

1) إن كان السيد غائبا ولا وكيل له ، دفع مال المكاتبة الى السلطان ، وانفذ العتق (قوانين الاحكام : 281) .
وفي هذا الحكم كما في الاحكام الموالية من هذا الباب تشجيع على تحرير العبيد .

2) وكذلك الأمر إن كان العبد يقدر على العمل لتحصيل مال المكاتبة .

وأما إذا كان المكاتب ملتويا غير راض بالعجز، فلا يعجزه السيد دون السلطان (3) .

[اشتراك العبدين في كتابة واحدة]

380 ـ ومن قولهم : إنه لا بأس أن يُعطي السيد لعبديْه كتابة واحدةً (4) .

فإذا فعل ذلك لم يجز عتقه لأحدهما الا برضى صاحبه ، إلا أن يكون المعتَق زمِنا لا سعاية (5) فيه ، فيجوز عتقه حينئذ .

وإذا أدى أحد المكاتبين جميع الكتابة ، رجع على صاحبه بحصته من الكتابة ، تفض (6) عليهما على قدر قوتهما يوم عقد الكتابة .هذا قول ابن القاسم .

وقال أشهب : تفض على قدر قوتهم يوم كوتبوا .

وقال ابن الماجشون : تفض على قدر قيمتهم يوم عتقوا .

[الذي يدخل مع المكاتب من المعتقين]

381 ـ وكل من يعتق على الرجل إذا ملكه ، فإنه يدخل مع المكاتب في كتابته ، إذا اشتراه بإذن سيده ،

فإن اشتراه بغير إذن سيده ، لم يدخل معه في كتابته ، وليس له أن يبيعه إلا بإذن سيده . هذا قول ابن القاسم .

وروى أشهب عن مالك : أنه لا يدخل مع المكاتب في كتابته إلاّ الولد والوالد لا غير .

---

3) هذا هو المشهور عند المالكية ، وهو قول يعتمد على تشبيه هذا العقد بسائر العقود اللازمة (بداية المجتهد : 315/2) .

4) جازذلك لأن الغرر في هذا العقد يسير ، ويستخف بأمره في الكتابة : فهو غرر بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده . ويرى مالك انه لما كانت الكتابة ـ في هذه الصورة ـ واحدة وجب أن يكون حكم العبيد المتعدِّدين كحكم العبد الواحد (بداية المجتهد : 410/2) .

5) ما كلف العبد من العمل تتميا لعتق نفسه (أقرب الموارد : سعى) .

6) تفرق وتقسم (أقرب الموارد : فضض) .

وقال بعض الرواة من أصحاب مالك : لا يدخل مع المكاتب في كتابته الا الولد الذي له أن يستحدثه بالايلاد فقط .

[رجوع المكاتَب على من معه في كتابته]

382 ـ وقد اختلف أصحاب مالك في رجوع المكاتب على من معه في الكتابة دونهم : (7)

فقال ابن القاسم : كل من يدخل في كتابته إذا اشتراه ، فإنه لا يرجع عليه ، إذا أدى عنه ،

وكل من لا يدخل معه في كتابته إذا اشتراه فإنه يرجع عليه إذا أدى عنه .

وقال أشهب : لا يرجع على أحد من ذوي قرابته ، كانوا ممن يدخلون معه في كتابته أو ممن لا يدخلون ، أو كانوا ممن لا يتوارثون ، لأن الاداء عنهم انما وجهه الصلة والتعاطف .

وقال ابن كنانة : إن كانوا ممن يتوارثون معه لم يرجع عليهم ، وإن كانوا ممن لا يتوارثون رجع عليهم .

وقال المغيرة : يرجع على كل من أدى عنه على كل حال ، لأنه لم يملكهم ، وإنما أدى عنهم ، فهو بمنزلة ما لو أدى عنهم دينا من الديون .

[بيع الكتابة]

383 ـ وبيع كِتابة المكاتب جائز ، فإن رقّ كان عبدا لمشتري كتابته (8) .

وكره مالك بيع نصف كتابة المكاتب.

---

7) يعني دون من كانوا معه في الكتابة ممن اشتُروا معه . والتفصيل بعده يزيدك بيانا ووضوحا .

8)يشبه مالك بيع الكتابة ببيع الدين . وفي ذلك أثر عن النبيء صلى الله عليه وسلم . وفي بيع الكتابة تفصيل انظره في (بداية المجتهد : 319/2) .

قال سحنون : إنما يكره بيع نجم من نجوم المكاتب ، لأن المشتري لا يدري ما يرق له من العبد ، إلا بعد التقويم ،

وأما نصف الكتابة فهو جائز (9) .

وإذا بيعت كتابة المكاتب ، فإن المكاتب/أحق بها ، لأنه عتق يتعجله وتتم به حريته . [20 ـ ب]

[كتابة احد الشريكين]

384 ـ ولا يجوز لأحد الشريكين أن يكاتب نصيبه ، فإن فعل فهو مردود ، وإن أدى ، فإن كاتباه جميعا فهو جائز .

[القطاعة في الكتابة]

385 ـ ولا يجوز لأحد الشريكين أن يقاطعه (10) عن نصيبه بمال يتعجله منه بغير إذن شريكه ، إلا أن يُتِمّ حرية المكاتب بالأداء الى صاحبه ،

فأما إن عجز فإن الشريك الذي لم يقاطع بالخيار :

إن شاء أخذ من صاحبه نصف ما قاطع به المكاتب ، وكان المكاتب العاجـز بينهما نصفين ،

وإن شاء سلم له القطاعة وما أخذ منها ،

وان اجاز القطاعة رجع الخيار الى المقاطع ، فان شاء تمسك بالقطاعة التي اجاز له صاحبه ، وسلم المكاتب العاجز بجميعه رقيقا لشريكه ،

وإن شاء رد نصف القطاعة الى شريكه ، وكان المكاتب ـ إذا عجز ـ بينهما نصفين على حسب ما كان .

---

9) يجوز بيع بعض نجوم الكتابة إذا علمت نسبتها بمعرفة قدرها وقدر باقي النجوم (الشرح الصغير : 546/4 ، 547) .

10) القطاعة ـ بفتح القاف وكسرها ـ : اسم مصدر قاطع ، والمصدر المقاطعة . سميت بذلك لأن العبد المقاطع يقطع طلب سيده عنه بما يعطيه أو يقطع له بتمام حريته (الزرقاني على الموطا : 108/4) .

وإن كانت القطاعة بإذن شريكه ، فعَجَزَ العبدُ فإنما يخير المقاطع ،
فإن شاء تمسك بما قبض في القطاعة ، وسلم العبد بجميعه الى شريكه ،
وإن شاء رد النصف من القطاعة ، وكان العبد بينهما نصفين .

[الوصية بالكتابة]

386 ـ وإذا أوصى بكتابة مكاتبه لرجل وأوصى بعتقه ، دخل في الثلث الأقل من قيمة رقبته ، أو قيمة كتابته .

وقال بعض الرواة : الأقل من قيمة الرقبة ، أو الكتابة (11) .

[الجناية على المكاتب]

387 ـ وحكم المكاتب إذا جُنِيَ عليه ، فقيل : أن يقوّم على هيئته والحال التي كان عليها (12) .

[جناية المكاتب]

388 ـ وإذا كان المكاتب هو الجاني قيل له : أدِّ الجناية ، وتماد في كتابتك ، فإن عجز عن ذلك ، عجز في كتابته ، وخير سيده فيه (13) ، كما يخير في العبد إذا جنى .

---

11) انظر تفصيل ذلك في (الزرقاني على الموطا : 123،122/4) .

12) يقاص ولد المكاتب السيد بقيمة رقبة المكاتب في آخر نجومه ، فإن كان في قيمة رقبته وفاء بالكتابة وفضل ، يكون للولد أن يأخذ الفضل من السيد فيكون ميراثا .

وإذا قتل المكاتب فأخذ السيد قيمته فإن أولاده يقاصونه في آخر كتابتهم ، فإن كان في قيمته فضل كان للأولاد ، فإن بقي شيء سعوا في بقية ذلك وعتقوا (المدونة : 473/4) .

13) إن شاء فداه بعقل الجناية وإن شاء دفعه .

وإذا قتل المكاتب على وجه الخطا فعليه الدية كاملة في قول مالك . وكذلك الجراحات عليه قيمة ما جرح ولا يلتفت فيه الى قيمة المكاتب .

أما إن كان قتله عن عمد ، فإما أن يقتص منه أو يعفى عنه ، ولا يؤخذ من ماله شيء ، ولا يسترق إن عجز (المدونة : 470/4 ـ 471 : الزرقاني على الموطا : 111/4) .

باب أحكام المدبر (*)

[عتق المدبرين]

389 ـ قال محمد : الشأن في عتق المدبرين إذا مات سيدهم : أن يبدأ بعتق الأول فالأول منهم ، إلا أن يكونوا إنما دبرهم في كلمة واحدة فيعتق من كل واحد ما ينوبه ، ولا يبدأ أحد منهم على صاحبه (1) .

[تقويم المدبر الذي له مال]

390 ـ والشأن في تقويم المدبر إذا كان في يده مال ، أن يجعل عدة ما بيده زيادة في قيمته . مثل أن يموت الميت ، ويترك مائة عينا ، ومدبرا قيمته مائة على الانفراد وبيده مائة ، فيقال : جميع مال الميت ثلاثمائة وقيمة المدبر مائتان ، فيعتق نصفه ولا يعرض لما في يده من المال .

قال محمد : هذا الكلام هو الذي لم أزل اسمع الشيوخ والحذاق يقولونه .

والذي رأيت من كلام ابن القاسم : انه يقال : هذا مدبر معه من المال كذا ومن العروض كذا بما قيمته .

---

*) التدبير لغة : النظر في عاقبة الأمر والتفكير فيه .

وشرعا : تعليق السيد المكلف الرشيد عتق رقيقه على موته ، كأن يقول لعبده : إذا أقبلت على الله وادبرت عن الدنيا فأنت حر .

1) من دبر في حال الصحة يبدأ بمن دبر أولا ثم الذي يليه .

وكذلك في التدبير الحاصل في المرض يبدأ الأول فالأول حتى يأتوا على جميع الثلث ، فاذا لم يبق من الثلث شيء رق ما بقي منهم ولم يكن لهم من الوصية شيء .

وإذا دبروا في كلمة واحدة يُعتقون جميعهم في الثلث (المدونة : 38/3) .

[عتق العبد بعد الموت]

391 ـ وإذا قال : عبدي حر بعد موتي ، سئل ؛ فإن قال : أردت التدبير فهو مدبر ، وإن قال : أردت الوصية ، فهو موصى بعتقه ، وهو وصية حتى يتبين أنه أراد التدبير (2) .

قال أشهب : إن قال ذلك في غير إحداث وصية ، ولا سَفَرٍ ـ لما أتى : « لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة » (3) ـ فهو تدبير .

[تدبير العبد المشترك]

392 ـ وإذا كان بين الرجلين عبد ، فدبّر أحدهما نصيبه (4) منه ، فإنهما يتقاومانه ،

فإن أخذه المدبر كان مدبرا كله ،

وإن أخذه المتمسك بالرق ، كان رقيقا كله (5) .

وإن شاء المتمسك أن يتمسك ولا يقاومه ، كان ذلك له .

قال أشهب : لا بد من المقاومة بينهما ، وليس للمتمسك بالرق أن يسقط ذلك .

[الجناية على المدبر]

393 ـ وسبيل المدبر فيما جني عليه سبيل العبد (6) .

---

2) من قال : أنت حر بعد موتي ، فهو وصية عند مالك وابن القاسم حتى يُعلم أنه أراد التدبير ، خلافا لأشهب (القوانين الفقهية : 281 ؛ بداية المجتهد : 322/2) .
ولما كانت قولته وصية جاز رجوعه فيها ، إلا أن يريد التدبير فإنه يلزمه (الشرح الصغير : 533/4) .
3) لعله ينظر إلى قوله صلى الله عليه وسلم : (ما حق امريء مسلم له شيْ يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة » . مالك في الموطأ .
4) بالأصل : مصابته . ولم يتضح لنا معناه ، وما أثبتناه اقتضاه السياق .
5) إلا أن يشاء الذي لم يدبر أن يسلمه إلى الذي دبره ويتبعه بنصف قيمته (المدونة : 4/3) .
6) انظر (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 337/4) .

[جناية المدبر]

394 ـ وإذا جنى المدبر جناية ، خُيِّرَ سيده :/إن شاء افتداه ، وإن شاء أسلم خدمته ، فإن افتداه كان بحسبه مدبرا ، [21 ـ أ]

وإن أسلمهُ اخْتَدَمَ المجنيُّ عليه ، واقتص من جنايته ، فإن استوفى حقه ، وسيد المدبر حي ، عاد اليه بحبسه مدبرا .

وإن مات السيد من قبل ، عتق إن حمله الثلث (7) ، واتبع بما بقي من أرش الجناية دينا عليه . وكذلك إذا وقع في السهمان (8) .

وإذا مرض السيد ، لم يجز له إن ينتزع مال المدبر (9) وكذلك العتق الى أجل إذا تقارب أجل عتقه .

---

7) إذا مات السيد فالمدبر حر إذا خرج من ثلثه بأن كان مال السيد كثيرا ولا دين يستغرق قيمته ، وإلا رجع رقيقا ولو كان الدين متأخرا عن التدبير (الفواكه الدواني : 149/4 .)

8) لسُهْمان ـ بضم السين وسكون الهاء ـ : جمع سهم وهو الحظ والنصيب . ومنه الحديث النبوي : « ما أدري ما السُّهمان » . ويجمع سهم كذلك على سهام وأسهم (لسان العرب : سَهَمَ) .

9) للسيد المدبر انتزاع مال المدبر ما لم يمرض مرضا مخوفا فانه يحرم عليه الانتزاع حينئذ لأنه ينتزع لغيره ، وهذا فيما استفاده من هبة او صدقة أو وصية أو صداق إن كان المدبر أنثى .
وأما ما استفاده المدبر من عمل يده وخراجه وأرش جناية عليه جاز للسيد انتزاعه ولو مرض لأنه من أمواله .
وهذا الحكم ينطبق أيضا على أم الولد (الفواكه الدواني : 148/2 ـ 149) .

باب أحكام الولاء (*)

[عودة الولاء]

395 ـ قال محمد : انظر فكل [ولاءٍ ثَبَتَ] (1) لرجل يعتق ، ثم زال عنه لعلة حادثة ، مثل النصراني يعتق عبده النصراني ، ثم يسلم العبد المعتق ، أو المسلم يرتد ، أو ما أشبه هذا ، مما يدخل في هذا المعنى : فإن الولاء يعود اليه إن عاد (2) .

والسبب الذي يعود به اليه ، مثل أن يسلم السيد المعتق بعد إسلام العبد المعتق ، أو يعود المسلم الى الاسلام .

وكل ولاء لم يثبت لرجل بعتقه ، مثل النصراني يعتق المسلم ، أو العبد يعتق عبدا بإذن سيده ، فإن مثل هذا الولاء لا يرجع اليه أبدا (3) .

[إذن السيد عبده بالعتق]

396 ـ وانظر : فكل من أذن له سيده في عتق عبده ، وكان العبد المأذون له ممن جرى

---

*) الولاء علاقة بين العبد وسيده ناشئة عن زوال ملك العبد بالحرية ، وهو يكون لمن أعتق العبد خاصة ، لقوله عليه السلام « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب » أبو داود .

1) طمس بالأصل ، ويبدو أن ما أثبتناه صحيح اعتمادا على ما جاء في الكلية 13 من كتاب العتق في كليات ابن غازي .

2) أما الحربي اذا اعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين ، فهو مولاه يرثه . وخالف اشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد اليه ولاؤه أبدا (بداية المجتهد : 397/2) .

3) ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني يكون للمسلمين قبل أن يباع ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه ، لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » النساء : 141 .

فلما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد (ن ، م) .

فيه سبب من أسباب الحرية ، فتم فصار الى تمام العتق ، مثل : أم الولد ، والمكاتب ، والمدبر ، والمعتق الى أجل ،والمعتق نصفه ، فإن كان إذن سيده في حين لا يجوز له أن ينتزع فيه ماله ، فإن الولاء يرجع اليه إذا تمت حريته .

وإن كان ممن يجوز للسيد أن ينتزع ماله ، فالولاء للسيد لا يرجع الى المأذون له في عتقه أبدا .

[الولاء الضائع]

397 ـ وكل ولاء ضائع ، فهو للمسلمين ، مثل العتق من مال الزكاة ، ومثل الحربي يدخل الى بلاد الاسلام ، فيسلم ، فإن هذا الولاء للمسلمين ،

فإن أعتق لهذا الحربي المسلم أب أو جدّ جرّ ولاؤه الى مواليه .

[ولاء أولاد المعتق لسيده]

398 ـ وكل مولى معتق ، فإنه يجرّ ولاء ولده من المرأة الحرة ، ومن أمته ، الى سيده الذي أعتقه ،

وما أعتق من عبد ، جر ولاؤهم أيضا الى سيده .

[الولاء لا يورث]

399 ـ وحكم الولاء أنه لا يورث (4) . وإنما يصير الى أقعد (5) الناس بالمعتق يوم مات المولى المورث ، أو يوم النظر فيه إن كان حيا .

[ترتيب الموالي]

400 ـ والأخ وابن الأخ أولى من الجد بالولاء .

والأخ الشقيق أولى بولاء الموالي من الأخ للأب .

والأخ للأب أولى من ابن الأخ الشقيق .

---

4) نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته كما تقدم آنفا .

5) أي أقرب . ويقال : القُعْدُدْ والقُعْدَدُوالقُعْدُودْ : القريب . انظر ما يأتي من كلام ابن الحارث الفقرة : 409 .

ولا يدخل الأخ للأم في ولاء الموالي ، إلا أن يكون من العصبة فيكون له سهم رجل منهم .

قال أشهب : إذا كان الأخ للأم من العصبة فهو أولى بولاء الموالي منهم ، لأنه أقرب الى الميت بأم .

باب أحكام المواريث

[قاتل الشخص لا يرثه]

401 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك وأصحابه : أن كل مقتول قتل عمدا ، فإنه لا يرث القاتل منه ، إن كان وارثه شيئا ، لا من ماله ولا من ديته إن قُبلت منه (1) .

وإن كان إنما قتله خطأ : ورث من ماله ولم يرث من ديته (2) .

وإن ضربت المرأة الحامل في بطنها ، فألقت جنينا ميتا ، وكان ضاربها والد الجنين أو وارثه من كان ، فإنه لا يرث من الغُرّة المأخوذة في الجنين شيئا (3) .

---

1) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبيء صلى الله عليه وسلم قال « لا يرث القاتل شيئا » أبو داود والدارقطني .

وروى عمر عن النبيء صلى الله عليه وسلم قوله : « ليس لقاتل ميراث » مالك وأحمد .

قال ابن أبي زيد في رسالته « لا يرث قاتل العمد من مال ولا دية » (مسالك الدلالة : 342) .

2) انظر (ن ، م) وانظر (ابن ناجي و زروق على الرسالة : 246/2 ـ 247) .

3) قال ابن عاصم في هذا المعنى في تحفته :

وفي الجنين غرةمن ماله أو قيمة كالارث في استعماله

والغرة : عبد أو أمة صغيرة ، وقيمة الغرة عشر دية الأم الحرة .

وهذه الغرة أو قيمتها تقسم على فرائض الله كالارث ، دون ان يرث منها القاتل شيئا (البهجة : 357،356/2) .

[الميراث بالولاء]

402 ـ وإذا مات المولى المعتق ، لم يورث بالولاء ، حتى لا يبقى له وارث موجود من ذوي القرابة المعروفين بقرابته (4) .

[ميراث القبيلة]

[21 ـ ب] 403 ـ وإذا مات رجل من العرب (5) ، ولم يكن له وارث/معروف النسب فأتى قبيلةٌ يطلبون ميراثه : لم يكن لهم من ميراثه شيء ، حتى يعلم مكانهم من عصبته وان تباعدوا . واما على حكم القبيل فلا يورث بذلك .

[ميراث الدية والغرة]

404 ـ ودية المقتول موروثة على فرائض الله عز وجل كسائر ماله .

وكذلك غرة الجنين (6) .

وإن لم يكن للجنين أب حي ، وله أخوة ، كانوا وقت وجوب الغرة أجنة في البطون ، فانهم يرثونه اذا ولدوا .

[يرث المولود ويُورث بالاستهلال]

405 ـ وإذا استهل المولود وَرِث ووُرِث ، وان لم يستهل لم يرِث ولم يُورَث (7) .

---

4) اتفق العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له ، ويرثه إذا لم يكن له وارث ، ويعصبه إذا لم يكن هناك ورثة يحيطون بالمال ، قال صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » .

5) مراده : الأعراب ، أهل البادية .

6) إذا ضربت أم الجنين ، أو خوفت فألقته ميتا ، وهي حية ، فعلى من فعل ذلك بها غرة من ماله .

وقد قال ابن عبد السلام : لم أر لأصحابنا في سن الغرة حدا . اما الشافعي فيرى ان اقل سنها سبع سنين (حلي المعاصم : 356/2) . وتورث الغرة على ما فرض الله كما تقدم .

7) المولود الذي يرث ويورث هو الذي يستهل صارخا .

ولا يقوم مقام الصراخ الحركة والعطاس الا ان يطول ذلك أو يرضع المولود (قوانين الاحكام : 291) .

[لا توارث بين أهل ملتين]

406 ـ ولا توارث بين المسلم والكافر البتة (8) .

ولا بين الحر والعبد (9) .

ولا بين رجلين اختلف ملتهما ، وإن جمعهما جميعا مفارقة الاسلام (10) .

وكل من لا يرث فلا يحجب (11) .

[ميراث الذمي]

407 ـ وإذا مات الذمي فوجب ميراثه لورثته فأسلموا قبل القسمة : فإنهم يقتسمونه على ما وجب من حقوقهم فيه قبل الاسلام ،

إلا أن يكونوا شركاء لا كتاب لهم ولا ملة ، فيقتسمونه على حكم الاسلام (12) .

[لا ميراث بشك]

408 ـ وإذا مات الرجلان ، وكل واحد منهما وارث صاحبه ، ولا يدرى الميت قبل

---

8) يروي أسامة بن زيد عن النبيء صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » البخاري ومسلم وأحمد .

9) العبد لا يرث ، ولا يملك مالا ، وما يملك فهو لسيده .

قال عليه الصلاة والسلام « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه . (مسالك الدلالة : 342)

10) روى عبد الله بن عمرو أن النبيء صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتوارث اهل ملتين شيئا » أحمد وأبو داود .

11) لا يحجب غير الوارث لأن اعتباره ساقط جملة فهو كالميت .

قال ابن أبي زيد في رسالته : « كل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا » .

يروي أنس بن سيرين ان عمر بن الخطاب قال : « لا يحجب من لا يرث » البيهقي (مسالك الدلالة : 343) .

12) سئل مالك عن قوله صلى الله عليه وسلم « أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام » فقال : انما ذلك لغير أهل الكتاب من المجوس والزنج وغير ذلك . أما النصارى فهم على مواريثهم ولا ينقل الاسلام مواريثهم التي كانوا عليها .

وعمم ابن نافع وغيره من كبار أهل المدينة الحديث لأهل الكفر كلهم أهل الكتاب وغيرهم (المدونة : 88/3) .

صاحبه ، فميراث كل واحد منهما لورثته ، ولا يرث أحد منهما صاحبه ، لان الميراث لا يجزئ بالشك (13) .

[الميراث في الولاء للأقعد فالأقعد]

409 ـ وإذا أعتق الرجل عبده ، ومات بعد ذلك على ابنين ، فمات ابن واحد بعد ذلك عن أربعة أولاد ، ومات الآخر عن ولد واحد . ثم مات المولى المعتَق ، فإنما يرثونه لأن تعدد كل واحد من الجد الميت مثل تعدد صاحبه (14) .

13) مذهب مالك واهل المدينة انه اذا مات اثنان يتوارثان ، ولا يُدرى أيها الذي مات قبل صاحبه ، فان ميراثهما جميعا لمن بقي من قرابتهما الوارثين ، أو لبيت المال ان لم تكن لهما قرابة ترث ، وهذه الصورة تقع في حرب أو غرق أو هدم (بداية المجتهد : 388/2) .

والأصل في عدم الارث للشك اجماع الصحابة رضي الله عنهم . وقد توفيت ام كلثوم بنت علي رضي الله عنه زوجة عمر بن الخطاب وابنها منه زيد في وقت واحد فلم يدر أيهما مات قبل ، فلم يورث احدهما من الآخر .

وذكر مالك في الموطا : « أنه لم يورث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة إلا من علم أنه مات قبل صاحبه » (حاشية حجازي : 470/2)

14) انظر (بداية المجتهد : 398/2) .

يرى مالك أن الولاء لأقعد الأولاد بالميت وإذا استويا في العدد كان الميراث بينهما بالسواء (المدونة : 81/3) .

باب أحكام المديان (*)

[ما يمضي من تصرف المديان وما لا يمضي]

410 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه : أن المديان الذي لا وفاء عنده بما عليه من الدين ، لا يصح عتقه ، ولا هبته ، ولا كل ما فعله من باب المعروف ، ولا إقراره بالدين لمن يتهم عليه من صديق ملاطف ، أو ما يشبهه (1) .

وإيلاده لأمته نافذ ، وهي له أم ولد ، لأن الوطء له مباح ، وما تولد عن الاباحة فحكمه الجواز والنفاذ .

وكذلك إقراره لمن لا يتهم عليه نافذ جائز ، لأن البيع والشراء له مباح غير محظور .

---

*) صيغة المديان للمبالغة والمراد : المدين .

وهو ثلاثة أقسام :

ـ موسر قادر على الخلاص ، فمطله ظلم . قال صلى الله عليه وسلم : « مطل الغني ظلم » البخاري : 155/3 .

ـ معسر بالنقد وله عروض وأصو . يحتاج لوقت لبيعها ، فيجب امهاله .

ـ معدم وثبت عدمه بالبينة فينظر أيضا قال ابن عاصم :

ومن عليه الدين اما موسر   فمطله ظلم ولا يؤخر
أو معسر قضاؤه إضرار   فينبغي بشأنه الانظار
أو معدم وقد أبان معذره   فواجب انظاره لميسره

(البهجة ـ حلي المعاصم : 325/2) .

1) ان المدين الذي احاط الدين بماله بأن ساوى او زاد بتعلق به أحكام . انظر تفصيلها في المصدرين السابقين و (الشرح الصغير : 345/3) .

فإذا ضرب على يديه لم يجز إقراره ، ولا بيعه ، ولا شراؤه ، في ذلك المال الذي فُلِّسَ فيه (2) .

[ضمان مال المديان]

411 ـ وإذا وقف السلطان ماله للغرماء ، ليبيعه ، ويقضي الغرماء ديونهم ، فأصابت المال مصيبة ، ففي ذلك اختلاف وتنازع بين أصحاب مالك .

وروى أشهب عن مالك أن مال الغريم المفلس (3) إذا جمع فأصابته مصيبة قبل أن يباع ، فهي من المديان المفلس كان عرضا أو عينا .

وقال ابن الماجشون : إذا قبضت يد الغريم عن المال ووقف للغرماء ، فالمصيبة منهم كان عرضا أو عينا .

---

2) التفليس مانع من موانع التصرف المالي ، فهو حجر عليه في كل تصرف يضر بغرمائه . وتحل عليه ديونه . قال ابن عاصم :

وان يكن للغرما في امره تشاور فلا غنى عن عجزه
وحل ما عليه من ديون ....

(ن . م .) وانظر (مواهب الجليل : 32/5 وما بعدها) .

3) قسم ابن عرفة التفليس الى أعم وأخص :
فالأول هو قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به .
والثاني هو حكم الحاكم بخلع مال المدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه (حلي المعاصم ـ البهجة : 330/2)
وما ذكره ابن حارث هنا الثاني .
وقال ابن أبي زيد في هذا ال... من وجد سلعته في التفليس فاما حاصص والا اخذ سلعته ان كانت تعرف بعينها وهو في الموت اسوة الغرماء » .
والمذهب المالكي هو الذي عرى بين حالة وجود السلعة في الفلس وحالة وجودها في الموت .
أما الشافعي فيذهب الى أن رب السلعة احق بها مطلقا .
وأما أبو حنيفة فيقول : لا حق لرب السلعة في اخذها مطلقا (ابن ناجي على الرسالة : 304/2) .
وعلة التفريق عند المالكية بين حالة الفلس وحالة الموت : أن ذمة المفلس موجودة في الجملة . ولذا يتعلق بها حق الغرماء . وأما ذمة الميت فقد انعدمت بموته (الصاوي على الشرح الصغير : 373/3) .
وذكر ابن رشد علة أخرى لتبرير وجهة النظر عند المالكية . وهي ان المفلس يمكن ان يثري فيتبعه الغرماء بما بقي عليه . وهذا غير متصور بالنسبة للميت (بداية المجتهد : 239/2) .

وروى ابن القاسم عن مالك : أنه من المديان المفلس إن كان عرضا ، وان كان عينا فالمصيبة من الغرماء . وبه قال ابن القاسم .

قال أصبغ : مصيبة مال المديان من المديان ، إن كان حيا مفلسا ، وإن كان ميتا فمصيبة ماله من الغرماء ، لأن الميت لا ذمة له .

[أحقية الغرماء بعضهم من بعض]

412 ـ وإذا أفلس الرجل ، فكل من أدرك عين سلعته التي باع منه قائمة ، فهو أحق بها ، إلا أن يرضى الغرماء أن يعطوه الثمن تاما وتكون لهم السلعة .

وإن كان المديان ميتا ، فلا حق لمن أدرك عين سلعته قائمة ، فإنما له ما صار في المحاصَّة (4) .

والصناع ومن في مثل معناهم ، ومن استؤجر على سقي حائط أو حمل متاع ، هم أولى بما في أيديهم ، في الفلس والموت جميعا ، حتى يقبضوا حقوقهم (5) .

---

4) الأصل فيا تقدم ما اخرجه مالك في الموطا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :« أيما رجل باع شيئا فأفلس الذي ابتاعه منه ، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا ، فوجده بعينه فهو احق به . وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه اسوة الغرماء » .

قال مالك : وإذا وجد المشتري قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع منه ان يأخذ ما وجد بعينه ، فان اقتضى من ثمن المبتاع شيئا فأحب ان يرده ويقبض ما وجد من متاعه ، ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء ، فذلك له (تنوير الحوالك : 167/2) .

وانظر شرح قول خليل : « وللغريم أخذ عين ماله المحاز عنده في الفلس لا الموت » في (مواهب الجليل : 50/5) .

5) جاء في المدونة : أن الصناع أحق بما أسلم اليهم في الموت والفلس ما كان بايديهم لأنه كالرهن .

ولاحظ ابن رشد أن الصانع ان عمل الصنعة ورد المصنوع لصاحبه ، ولم يكن له فيها الا عمل يده ، كالخياط ، فالمشهور انه أسوة الغرماء (التاج والاكليل : 54/5)وانظر (بداية المجتهد : 322/2) .

ولا يكون الصانع احق من الغرماء بما صنع في هذه الحالات التالية :

- إذا لم يكن الشيء المصنوع تحت يده ، بأن يكون قد رده الى ربه قبل فلسه .
- إذا كان المصنوع مما لا يحاز كبناء أتمه .
- إذا كان الصانع يقوم بالصنع في محل صاحب الشيء المصنوع ويبقيه عنده .

(الشرح الصغير :376/3 ـ 377) .

[22 ـ أ] وأما الذي آجر حانوته أو داره ، أو استؤجر على رحيل/إبل ، أو نحو ذلك ، فهم أسوة الغرماء في الفلس والموت جميعا .

وكل من عامل المفلس بعد التفليس ، فهو أحق بما في يديه من المال من الغرماء الأولين الذين فلسوه .

إلا أن يكون الذي في يديه من المال فائدة استفادها ، فيكون الغرماء الأولون والآخرون في ذلك أسوة .

باب الحمالات (*)

[أحكام الحميل بالوجه]

413 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك في هذا الباب : أن الحميل بالوجه (1) غارم للمال ، إن لم يأت بالذي تحمل بوجهه ، الا ان يشترط انه لا شيء عليه من المال ، فله شرطه (2) .

وإن مات الحميل ، فلا شيء على ورثته ، إن كان قد اشترط ألاّ مال عليه إن لم يأت بوجهه ،

وإن لم يشترط ذلك ، أُخذ الدين من تركته ، إلا أن يأتي الورثة بذلك المديان ،

وإن شرط أنه لا مال عليه ، وإنما عليه وجهه ، فالقول قوله إنه لم يجده (3) .

---

*) الحمالة لغة :الحفظ .

وشرعا : هي الضمان والكفالة . وهي التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، وطلبه من عليه من هوله . وهو ضمان وجه ، وضمان مال ، وضمان طلب (الشرح الصغير : 430/3 ؛حلي المعاصم : 187/1) .

1) المراد بالوجه الذات ، وهو مجاز مرسل من اطلاق اسم البعض وارادة الكل . ولا يلزم هذا الضمان الا اهل التبرع كضمان المال (الصاوي : 450/3) .

2) إذا اشترط الحميل ان : لا شيء عليه من المال ، فهو ضمان طلب ، وهو القسم الثالث من انواع الحمالات بأن يقول الحميل : أضمن وجه المدين بشرط عدم غرم المال إن لم أجده أو لا أضمن إلا وجهه (الشرح الصغير : 452/3) .

3) قال ابن القاسم في العتبية يحلف الضامن بأنه لم يقصر في طلبه وانه لم يعلم له موضعا . (ن ، م : 453/3) .

وإن صح عليه أنه يخبر به ، ولم يأت صاحبه به ، ضمن المال .

وإن علم أنه في مكان من الأمكنة ، حمل الحميل الخروج اليه ، فإن أتى وقال : لم أجده في المكان ، وكذبه رب الدين ، فالقول قول الحميل ، إذا غاب مدة يمكن أن يبلغ في مثلها ذلك المكان .

ولا يبرأ الحميل بالوجه إلا أن يدفع الغريم (4) الى رب الدين في موضع يصل به الى السلطان (5) .

وإن دفعه اليه في مفازة أو فتنة . لم يبرئه ذلك .

وإن دفعه اليه في وقت يصل به الى السلطان ، فأبى أن يقبله منه ، أشهد عليه وبرىء منه (6) .

[أحكام الحميل بالمال]

414 ـ والحميل بالمال لا يبرئه أن يأتي بالذي تحمل به إلى صاحبه ، ولا يبرئه إلا وصول الدين الى ربه (7) .

ولا يؤخذ الحميل بالغرم إذا كان الذي عليه الدين مليا حاضرا ، وإنما يغرم إذا غاب أو إذا فلس .

وقد كان مالك يقول : يأخذ أيها شاء ، ثم رجع الى هذا (8) .

---

4) يريد : المدين لا رب الدين كما يفيده السياق .

5) انظر : (ن ، م) .

6) قال ابن القاسم : ان دفعه اليه بموضع لا سلطان به ، أو في حال فتنة أو في مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع منه لم يبرأ منه الحميل حتى يدفعه اليه بموضع يصل اليه وبه سلطان فيبرأ (التاج والأكليل : 114/5) .

7) اذا اختلف الحميل ورب الدين في الحمالة هل هي بالمال أو الوجه . فالقول قول الضامن بيمينه ، لأن الطالب يدعي عمارة ذمة الأصل براءتها (الشرح الصغير : 459/3 الهامش) .

8) قال البناني : والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل بفاس . وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة اخرى بالحق (الصاوي على الشرح الصغير : 339/3) .

وهذا اذا لم يشترط الدائن ان يأخذ دينه من ايهما شاء ، أو ان يشترط تقديم الضامن في الأخذ منه ، أو ان يضمن الحميل المدين في حال الحياة والموت والحضور والغيبة واليسر والعسر (الشرح الصغير : 439/3) .

[ضمان الحميل]

415 ـ وإذا قال الرجل للرجل : داين فلانا وعامله وأنا ضامن (9) لما يكون لك عليه ، فعامَلَه وداينه ، ثم أتى يطلب الحميل ؛

فإن أقر الحميل أنه عامله ، وإن له عليه من معاملته ما يدعيه ، لزمه غرمه .

وإن لم يقر بذلك لم يكن للطالب على الحميل شيء حتى يثبت أن له عليه حقا .

ولا يجب على الحميل حق بإقرار المطلوب للطالب بالحق إلا أن يثبته (10) .

قال ابن عبد الحكم : وقد قال غير ابن القاسم : إنه تلزمه الحمالة بإقرار المطلوب ، وهو كالمأذون له في التجارة يقر بالدين ، فيلزم السيد ذلك في المال الذي بيد العبد أو في ذمته ، وليس له أن يفسخه ، ولا أن يكلف رب الدين البينة على إثباته .

[ضمان حميلين بحق]

416 ـ وإذا أخذ من غريمه حميلين بحقه ، فليس له أن يأخذ أحدهما إلا بنصف الحق . الا أن يكون أخذهما مفترقين في موطنين ، فكل واحد منهما حميل بجملة الحق ، ويكون شرط عليهما إن كان أخذهما أخذا واحدا : أن كل واحد منهما حميل بصاحبه ، فيكون له أن يأخذ ايهما شاء بجميع الحق (11) .

---

9) يجوز لمن قال لدائن : عامل فلانا وأنا ضامن ،الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها ، ولابد من علم المضمون له بالرجوع ، والا لزمه الضمان (الصاوي على الشرح الصغير : 434/3) .

10) يريد : إلا أن يثبت رب الدين البينة على الحميل .

11) ينطبق الحكم السابق أيضا في صورة ما إذا تعدد الحملاء الغرماء بأن قال لهم : أيكم شئت أخذت منه حقي ، فله ذلك ، فيأخذ حقه من أحدهم ولو كانوا حاضرين جميعا وأملياء ، ويرجع الدافع منهم للحق على اصحابه كل واحد منهم بما يخصه من الدين .

أما الحملاء على مدين واحد فإن الدافع منهم لا يرجع على بقية الحملاء بل يرجع على الغريم فقط (الشرح الصغير : 445/3) .

وقال ابن جزي : إذا أخذ ضامنين بحقه فليس على أحدهما إلا نصف الحق ، إلا أن يكون في موطنين فكل واحد منهما ضامن لجملة الحق ، وكذلك إذا ضمنا بحكم ضمان الخيار أو ضمن كل واحد الآخر (قوانين الاحكام : 354) .

وكل من تحمل عن رجل صداق امرأة أو ثمن سلعة في أصل العقد على وجه الحمل لا على وجه الحمالة ، فهو لازم له في حياته ، وفي تركته بعد وفاته ،

فإن تحمل ذلك بعد العقد ففي ذلك تنازع بين أصحاب مالك :

ابن القاسم يقول : يلزمه في حياته ، ولا يلزمه إن مات .

وابن الماجشون يقول : يلزمه في حياته ، وبعد وفاته .

[الحوالة *]

[الحوالة الصحيحة]

417 ـ قال محمد : إنما اختلف قولها في هذا لاختلافهما في أصل الحوالة .

مذهب ابن القاسم : إنه إذا أحال الرجل غريمه على رجل لا دين له عليه ، فإنما هي حمالة وليست بحوالة (1) .

إلا أن يشترط أنه بريء من مطالبته ، وتبين له أنه/لا دين له عليه . فيكون له ذلك [22 ـ ب] ويبرأ .

وإنما الحوالة الصحيحة عنده ان يحيله عليه ، وللمحيل على المحتال عليه دين ، ولا يغره من عدم ولا فلس (2) .

---

*) الحوالة لغة : ماخوذة من التحول . يقال : حول الشيء من مكانه : نقله ، وحول وجهه لفته .
وشرعا : صرف دين عن ذمة المدين بمثله الى ذمة أخرى تبرأ بها ذمة الأولى (الشرح الصغير : 423/3) .
وهي على نوعين : قطع ، واذن . انظر الأحكام المتعلقة بهذين النوعين في (قوانين الاحكام : 355) .

1) إذا لم يكن على المحيل دين للغريم فهي حمالة ، أي كفالة وضمان ولو وقعت بلفظ الحوالة (الفواكه الدواني : 262/2) .
والفرق بين الحوالة والحمالة : أن الحوالة تبرأ بها ذمة من عليه الحق بخلاف الحمالة ، لأن الضامن يرجع بما ادى بعد اثباته الدفع (ن ، م) .

2) الا ان يكون المحيل عالما بافلاس المحال عليه ، فله الرجوع عليه .
قال خليل : « ويتحول حق المحال على المحال عليه ، وان افلس ، أو جحد ، الا ان يعلم المحيل بافلاسه فقط (ن ، م) .

وقال ابن الماجشون : اذا أحاله ولا دين له على المحتال عليه فهي حوالة صحيحة .

[تأخير المطلوب تأخير للكفيل]

418 ـ وإذا أخر الطالب المطلوب ، فهو تأخير للكفيل ، إلا أن يقوم الكفيل فيقول : هو حاضر مليّ ولا آمن غيبته وعُدمه ، فإما أخذتَ حقك ، وإما أبريتني بذلك من حقه ، إما قبض منْه دينه ، وإما أبرأ الحميل (3) .

وقال غير ابن القاسم من الرواة : إذا أخر الطالب المطلوب وهو حاضر مليّ ، فهو إسقاط للحمالة عن الحميل (4) .

وذكر ابن القاسم : أنه إذا أخر الكفيل ، فهو تأخير للذي عليه الحق ، إلا أن يحلف أنه لم يرد تأخير الذي عليه الحق ، فإن لم يحلف لزمه التأخير .

---

3) قال ابن القاسم : لو أخر الطالب الغريم كان ذلك تأخيرا للكفيل .
ثم للكفيل أن لا يرضى بذلك خوفا من إعدام الغريم ، فإن لم يرض خير الطالب : فإما أبرأ الحميل من حمالته ويصح التأخير ، وإلا لم يكن له ذلك إلا برضا الحميل .
وإن سكت الحميل وقد علم بذلك ، لزمته الحمالة ، وإن لم يعلم حتى حل أجل التأخير حلف الطالب ما أخره ليبرأ الحميل وثبتت الحمالة (التاج والأكليل : 109/5) .

4) قال غير ابن القاسم : إذا كان الغريم مليا فاخره تأخيرا بينا سقطت الحمالة ، وإن أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله طلب الكفيل أو تركه (ن ، م) .

باب الرهون (*)

[احتباس الرهن]

419 ـ قال محمد : أصل قولهم في الرهن : انه محتبس ما بقي من الحق درهم ، وانه لا ينحل بعضه بأداء بعض الحق (1) .

[بيع الرهن]

420 ـ ومن قولهم : إن المرتهن لا يبيع الرهن ، وإن اشترط الراهن على نفسه للمرتهن أنه مسلط على بيعه عند حلول أجله ، وليرفع ذلك الى السلطان ، فيكون السلطان هو الآمر ببيعه (2) .

---

*) الرهن لغة : الحبس واللزوم ، ومنه قوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » أي محبوسة . المدثر : 38 .
وشرعا : قال ابن عرفة : « مال قبض توثقا به في دين » (حلي المعاصم : 157/1) .
وعقد الرهن يلزم بمجرد العقد كالبيع (اسهل المدارك : 366/2) .

1) قال في هذا المعنى ابن عاصم في تحفته :

والرهن محبوس بباقي ما وقع   فيـــه ولا يـــرد قدر اندفع

جاء في المدونة : أن الرجل إذا رهن امرأته رهنا بكل مهرها قبل البناء بهاثم طلقها قبل البناء فانه لا يأخذ الرهن بل يبقى كله رهنا بنصف المهر .وكذلك من قضى بعض الدين أو وهب له بعضه فان الرهن كله يصبح رهنا للجزء الباقي (حلي المعاصم : 169/1) .

2) إذا حل أجل الدين ولم يقع الوفاء ، فاما ان يكون الراهن قد جعل للمرتهن بيعه ، فيكون له ذلكلاستيفاء الحق من ثمنه .
وإما أن لا يكون قد جعل له ذلك فيتولى بيع الرهن وكيل الراهن أو القاضي (قوانين الاحكام : 352) .

فإن باعه المرتهن دون أمر السلطان نفذ ، إذا لم يكن في ذلك تعد ولا محاباة (3) .

وقال أشهب : يضمن ، إلا ان يكون مكانا لا سلطان فيه .

[ما يلحق بالرهن وما لا يلحق من نسل وغلة]

421 ـ وإذا كان الرهن جارية أو ماشية ، فإن الأولاد والنسل رهن مع الأمهات ، وهم ـ بخلاف الغلات من الغنم والعبيد والأشجار وغير ذلك ـ للراهن ، غير داخل في الرهن ،

إلا أن يكون صوف الغنم قد تم في حين الارتهان ، فيكون رهنا مع الغنم .

[النفقة على الرهن وعلى الضالة] .

422 ـ وإذا أنفق المرتهن على الرهن ، فلا يكون فضل الرهون رهنا بالنفقة ، أُذِنَ له في ذلك الراهن أو لم يأذن له (4) .

وليس ذلك كالضالة التي تكون رهنا بنفقتها .

والفرق بينهما : أن الضالة صاحبها مجهول لا يقدر عليه ، والرهن صاحبه موجود معروف .

[ضمان الرهن]

423 ـ ومن حكم الرهن إذا كان مما يغاب عليه ، أن يكون مضمونا .

---

3) لا تكونيد المرتهن المأمور بالبيع مطلقة في البيع حتى يتصرف بما يؤول الى هضم جانب الراهن ، ولهذا لا يمضي بيعه إذا كان فيه متعديا أو محابيا .
وكذلك لا يجوز له بيع الرهن بحنطة أو شعير أو عرض . ولا يبيع الا بعد الاشهار والاعلان ، ويضمن المرتهن ما ضاع من ثمن الرهن الذي قبضه (مواهب الجليل : 25/5) .

4) قال ابن القاسم : إذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه ، فهو سلف ، ولا يكون في الرهن إلا بشرط أنه رهن (النوادر والزيادات : 120/4 أ . مخطوط دار الكتب بتونس 5730) .

وإن كان مما لا يغاب عليه ، فلا يكون مضمونا (5) .

[مال العبد المرتهن]

424 ـ وإذا ارتهن الرجل عبدا ، فسبيل ماله كسبيله في البيع ، لا يدخل في الرهن إلا أن يشترطه المرتهن (6) .

[احكام الجارية المرتهنة]

425 ـ وإذا إرتهن جارية ثم أعتقها الراهن ، أو كاتبها ، أو دبرها ، فإن كان له مال عجّل للمرتهن دينه ، وينفذ للراهن ما صنع (7) .

وإن وطئها فحبلت ؛ فإن كان متسورا عليها في حجاب المرتهن ، فسبيله سبيل المعتق ، تكون له أم ولد ، ويعجل للمرتهن حقه إن كان الراهن موسرا ،

وإن كان معسرا لم تكن له أم ولد ، وبيعت بعد أن تضع ما في بطنها في دين المرتهن .

وإن كان إنما وطئها الراهن باذن المرتهن ، أو كانت مطلقة غير محتبسة في حجاب المرتهن ، ولا في زمام حوطته ، فهي خارجة من الرهن ، لأذن المرتهن للراهن في وطئه (8) .

---

5) إذا تلف الرهن وهو بيد عدل أمين فان ربه هو الذي يضمنه ، وأما إن تلف وهو بيد المرتهن فان كان مما يغاب عليه كالثوب ، فإن المرتهن يضمنه لان يده ليست مؤمنة ، وإن كان مما لا يغاب عليه كالعقار فإن ربه هو الذي يضمنه (الفروق للقرافي : 207/2) .

وقد انبنى الفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه عند مالك على الاستحسان « ومعنى ذلك ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه » (بداية المجتهد : 231/2) .

6) جاء في الرسالة أن مال العبد لا يكون رهنا الا بشرط دخوله في الرهن .

فإذا اختلف المتراهنان في مال العبد فقال المرتهن : هو وماله رهن ، وقال الراهن : هو رهن دون ماله ، فالقول قول الراهن (أسهل المدارك : 370/2) .

7) وإن كان الراهن معسرا ، تباع الجارية ويقتضي الحق من ثمنها في رأي مالك (بداية المجتهد : 230/2) .

8) جاء في المدونة في هذا الصدد : « من رهن أمة ثمّ وطئها فأحبلها ، فان وطئها بإذن المرتهن ، أو كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فهي أم ولد للراهن ، ولا رهن للمرتهن . =

وقال غير ابن القاسم من الرواة : الحكم حكم واحد في ذلك ، كان متسورا في وطئها أو غير مستور ، كانت الجارية مصونة أو مطلقة ؛ لا تكون للراهن ام ولد ان كان معسرا ، وتباع للمرتهن في دينه .

[استعمال الرهن واجارته]

426 ـ وانظر : فكل رهن احتيج الى استعماله ، أو الى إجارته ، فليتول ذلك المرتهن بأمر الراهن ،

فإن تولاه الراهن بأمره باستعماله ، أو عقد اجرته ، فالرهن غير صحيح ان قام غريم أو كان مفلسا (9) .

= وإن وطئها على وجه التسور والغصب بدون إذن المرتهن عجل الحق إن كان مليا ، وكانت له أم ولد ، وإن لم يكن له مال بيعت الجارية بعد الوضع وحلول الأجل ، ولا يباع ولدها وهو حر لاحق النسب . فإن نقص ثمنها عن دين المرتهن اتبع السيد بذلك » (التاج والاكليل : 12/5) .

وهناك أحكام تتعلق بوطء المرتهن للجارية الرهن ، انظرها في (أسهل المدارك : 377/2 ، 378) .

9) إذا قبض المرتهن الرهن ثم أجّره من الراهن ، أو أودعه عنده ، أو أعاره إياه ، أو رده اليه بأي وجه ، فقد خرج من الرهن كما جاء في المدونة .

وقال ابن القاسم وأشهب : إن قام المرتهن بعد ذلك فرد الرهن قضي له بذلك ، إلا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير ، أو بيع ، أو قيام غرماء (التاج والاكليل : 12/5) .

[23 ـ أ]

/باب الأحباس (*)

[قبض العطايا شرط لنفاذها]

427 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن الأحباس والصدقات والهبات والنحل وجميع العطايا ان لم تحز وتقبض عن صاحبها الذي أعطاها حتى مات أو فلس ، فإنها غير نافذة ولا جائزة (1) .

[تصرف المحبس في الحبس]

428 ـ وانظر : فكل حبس كان صاحبه يليه حتى مات .

فإن كان إنما كان يخرج غلته ، مثل أن يكون حائطا ، أو أرضا أو ما أشبهها مما يستعمل ، فكان يقبض الغلة ، ويصرفها في الوجه الذي حبسه عليه ؛ فإن الحبس باطل (2) .

---

*) الاحباس : جمع حبس ، يقال : حبّسه أي وقفه .

وتعريفه شرعا : قال ابن عرفة : « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا » .

خرج بقوله : « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده » العارية والعمرى .

وخرج ببقية التعريف العبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده لأنه غير لازم بقاؤه في ملك معطيه لجواز بيعه بالرضا .

ويرادف الحبس الوقف وهو من أعمال البر المندوبة (حلي المعاصم : 210/2) .

1) هناك تفصيل في حكم حوز الحبس انظره في (الشرح الصغير : 116/4) .

2) اذا لم يقع حوز الحبس حتى مات المحبس بطل الوقف ولو كانت غلته تصرف في الوجه المحبس عليه .

وكذلك يبطل الوقف قبل الحوز اذا حصل للمحبس مانع آخر من مرض أو تفليس ، أو سكناه الدار المحبسة قبل تمام العام ، أو أخذه غلة الأرض لنفسه (قوانين الاحكام : 401) .

وإن كان إنما يخرج الأصل المحبس في نفسه ، مثل أن يكون فرسا ، أو سلاحا ، أو درعا ، أو ما أشبه ذلك ، فهو جائز .

[بيع الحبس واستبداله]

429 ـ ومذهب ابن القاسم : أن الدواب إذا ضعفت والثياب إذا بليت ، وكانت حبسا ، بيعت واشتري بثمن ذلك غيرها (3) أو عِينَ بها في سواها (4) .

وقال غيره من الرواة (5) : هي بمنزلة الرباع إذا خربت لا تباع ، سبيلها الوقف لا تغير عن الحال الموقوفة عليه (6) .

وفي بقاء أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خرابا يبابا أعظم دليل أن الحبس لا يباع وإن خرب (7) .

[رجوع الحبس الى محبسه]

430 ـ والأصل في رجوع الحبس الى المحبس أن تنظر :

فإن قال : حبسا لا يباع ولا يوهب ، أو قصد به في تحبيسه قصدا لمجهول مثل : ابن السبيل والمساكين أو الأعقاب ، فإنها لا ترجع اليه أبدا ، وإنما ترجع إذا انقرض المحبس عليهم إلى أوْلى الناس بالمحبس ، كان المحبس حيا أو كان ميتا ، اذا كان أقرب الناس

---

3) ذلك لأن منفعتها قد ذهبت ، كما يفهم من كلام ابن القاسم (أسهل المدارك : 104/3) .

4) قال في الرسالة : ولا يباع الحبس وإن خرب ، ويباع الفرس الحبس يُكَلَّبُ يجعل ثمنه في مثله أو يعان به فيه (الفواكه الدواني : 180/2)

5) هو ابن الماجشون انظر (أسهل المدارك : 104/3) .

6) الوقف لا يباع ولا تغير صفته ، ويلزم من هدمه ان يعيده الى هيئته الأولى . انظر (ن ، م : 103/3) .

7) قال الامام مالك رضي الله عنه : « لا يباع العقار الحبس ولو خرب وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك » .

قال النفراوي في تعليل هذا الحكم : « لعل وجه كلامه رضي الله عنه لما يلزم عليه من التطرق الى بيع الأوقاف بدعوى الخراب ، والامام بنى مذهبه على سد الذرائع » . (الفواكه الدواني : 180/2) .

بالمحبس فقراء ، فإن كانوا أغنياء رجعت الى أقرب الناس من هؤلاء الأغنياء إن كانوا فقراء .

وإن كان إنما الحبس على عين واحدة ، أو على جماعة أعيان ولم يذكر أعقابهم ، ولا قال شيئا مما ذكرته متقدما ، فإنه يرجع اليه مالا من ماله ، ويرثه ورثته إن مات .

وقد قال أيضا : لا يرجع اليه إذا سماه باسم الحبس .

وإذا حبس على قوم بأعيانهم حبسا ، فإن كانوا يلُون الحبس بأنفسهم ، ولا يليه غيرهم عليهم ، فمن مات منهم فنصيبه راجع الى أصحابه .

وإن كانوا لا يلُون ذلك ، وإنما تقسم عليهم غلته عاما بعام ، فمن مات منهم فنصيبه راجع الى الذي حبسه .

هذا قول مالك الأول ، وقد رجع عنه وقال : من مات منهم رجع نصيبه الى أصحابه على كل حال ، كان الحبس مما يلونه ، أو مما تقسم عليهم غلته (8) .

ثبت الرواة على قول مالك الأول ، حاشا ابن القاسم فإنه أخذ برجوع مالك .

[من صيغ التحبيس]

431 ـ وإذا قال : هذه الدار حبس على ولدي ، دخل أبناء الأبناء وأوثر الأبناء ،

وذهب المغيرة إلى أنه يسوى بينهم .

قال مالك : وإذا حبس على ولده وولد ولده لم يدخل ولد البنات (9) . واعتل بزوالهم من ميراث الجد للأم .

---

8) انظر شرح النفراوي لقول ابن أبي زيد « من مات من أهل الحبس فنصيبه على من بقي » (الفواكه الدواني : 179.178/2) .

9) روى ابن أبي زمنين : أنه لا يدخل أولاد البنات في الحبس اذا كان بلفظ : حبست على ولدي وأولادهم (التاج والأكليل : 44/6)وانظر تفصيل ذلك في (البهجة وحلي المعاصم : 217/2) .

[تحبيس الدار للسكنى]

432 ـ وإذا حبس دارا على قوم يسكنونها ، فضاقت الدار عن سكنى جميعهم ، فطلب الباقون كراء حصتهم ، فلا كراء لهم ، إلا أن يموت بعض الساكنين ، أو يغيب غيبة لا ينوي الرجوع اليها ،

فان كان ينوي الرجوع ، فمكانه منها موقوف عليه .

باب الهبات (*)

[هبة العبد]

433 ـ قال محمد : قال ابن القاسم : إذا وهب الرجل عبده لرجل فلم يقبضه الموهوب له حتى أعتقه الواهب ؛ فإن العتق نافذ ، ولا شبهة للموهوب له .

فإن وهبه/الواهب أو تصدق به على رجل ثان ، فان الموهوب له الأول أحق من الثاني . [23 ـ ب]

قال أشهب : إن قبضه الثاني فهو أحق من الأول .

وإن قتل هذا العبد الموهوب فقيمته للموهوب له دون الواهب .

وإن باعه الواهب نفذ ، وكان الثمن للموهوب له ، إذا علم بالهبة .

فإن كان لم يعلم بالهبة فله أن ينقض البيع (1) .

[هبة الغلة]

434 ـ ومن أصل قولهم : إنه إذا وهب ما في بطون غنمه ، أو صوفها ، أو لبنها ، أو ما

---

*) الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة ، لما فيها من المحبة والتأليف بين القلوب (الشرح الصغير : 139/4) .

وهي شرعا قال ابن عرفة : « تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض » .

1) انظر (قوانين الاحكام : 272) .

في رؤوس النخل ، جاز ذلك ، إذا قبض الأمهات وأصول النخل .هذا مذهب ابن القاسم (2) .

وقال أشهب : إذا وهب له ما في بطون غنمه ، فدفع رقاب الغنم الى الموهوب له ، لم يكن ذلك حوزا .

قال محمد بن ابراهيم بن المواز: قول أشهب هو الصواب ، لأنه لا حوز أوكد من العتق ؛
ولو أعتق ما في بطن أمته لم يتم عتقه إلا بعد الخروج ، لما يلحقه من الدين ويرده .

[اعتصار الهبة]

435 ـ قال محمد : ومن أصلهم : أن كل واهب وهب هبة ، فلا يجوز له ان يعتصرها (3) ، ولا يرجع فيها (4) ،

حاشى الأب والأم ، فيما وهبوه لأولادهم ، فان الاعتصار لهم في ذلك جائز (5) ، على ما سنذكره من التفسير .

[اعتصار الأب]

436 ـ وأما الوالد (6) فيجوز له اعتصار ما وهب لابنه صغيرا كان أو كبيرا ، كانت للولد أمّ أو لم تكن (7) .

---

2) انظر تفصيل ذلك في (المدونة : 330/4) .

3) عرف ابن عرفة الاعتصار بقوله : « هو ارتجاع المعطي لعطيته دون عوض لا بطوع المعطي » (زروق على الرسالة : 196/2) .

4) المذهب أنه لا رجوع في الهبة اذا حيزت بوجه صحيح (ن ، م) .

5) ولا يشترط في ذلك ان يكون بلفظ الاعتصار وإنما يصح بكل ما يدل على الرجوع (حجازي على الأمير : 300/2) .

6) المقصود به الأب فقط دون الجد وغيره لخبر « لا يحل لأحد ان يهب هبة ثم يعود فيها الا الوالد » والظاهر ان ولي الأب كالأب (ن ، م) .

7) يعتصر الوالد ما وهبه لابنه سواء حاز الابن أم لا ، وسواء كان ذكرا أو أنثى ، غنيا أو فقيرا (مجموع الأمير : 300/2) .

وذلك ما لم يستحدث الولد دينا ، أو ينكح ، أو يوطأ إن كانت جارية ، أو يبيع الهبة ، أو يمرض الواهب أيضا .

فإن كان شيء من ذلك لم يجز للأب الاعتصار، لأن ذلك كله من فوات الهبة ، وإنما يعتصر ما لم يفت .

إلا أن يكون وهب له وقد استدان أو نكح أو مرض : فيجوز له الاعتصار، لأنه حينئذ لم يداين ، ولم ينكح على تلك الهبة .

وإن أعطاه الأب عطية صدقة ، لم يجز له اعتصارها (8) .

[اعتصار الأم]

437 ـ والأم تعتصر ما وهبت لولدها ، صغيرا كان أو كبيرا ، إذا كان الأب حيا .

فإن كان ميتا ؛ لم تعتصر شيئا من هبتها للصغار، لأن الهبة للأيتام إنما هي على معنى الصدقة والصدقة لا تعتصر (9) .

وقال ابن الماجشون : لا تعتصر الأم ، إلا أن تكون الوصي ، أو لم تكن الهبة حيزت في حياة الأب (10) .

[حكم هبة الثواب]

438 ـ ومن أصلهم : انه اذا وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب (11) من الموهوب له ،

---

8) انظر تفصيل كل هذه الصور مع ادلتها الشرعية من الأحاديث النبوية وأقوال الصحابة والتابعين في (المدونة : 337/4 وما بعدها) .

9) انظر (حجازي على الأمير : 300/2 ؛ زروق وابن ناجي على الرسالة : 198/2) .

10) يرى ابن الماجشون : أن الأم لا تعتصر ما حاز عنها الأب لابنه ، أو الوصي ، أو ما حازه الولد لنفسه ، وإنما تعتصر الأم إذا كانت هي ولية ابنها فلم تخرج الهبة من يدها (ابن ناجي على الرسالة : 198/2) .

11) يجوز للواهب شرط الثواب اذا قبل الموهوب له ، فيلزمه دفع ما عين ، كمائة دينار، أو ثوب معين ، أو دابة بعينها ، ويحصل ذلك ولو بالوصف . (حجازي على الأمير : 302/2 ؛ الشرح الصغير : 156/4) .

فله الثواب ، ان رضي الموهوب له ، والا ردها الى الواهب ، وان أثابه باقل من قيمتها ، لم يجبر الواهب على قبول ذلك ، وانما يلزمه القبول اذا أثابه بمثل القيمة .

[فوت الهبة]

439 ـ فان فاتت الهبة كان للموهوب له قيمتها ، الا ان يرضى الواهب بأقل من القيمة ، أو يرضى الموهوب له ان يثيبه بأكثر من قيمتها (12) .

قال محمد : الذي أعرف من مذهب ابن القاسم : أنه اذا وهب هبة ، واشترط فيها الثواب ؛ انه جائز .

على اني أعرف لسحنون قولا : انه لا يجوز ان توهب الهبة ، ويشترط فيها الثواب ، لأن ذلك حينئذ يكون بيعا بثمن مجهول (13) .

وانما يجوز من ذلك ما كان على سنته ان يهب ولا يذكر شيئا ، ثم يكون على حكم الهبة للثواب على ما قد فسرته .

وهكذا ذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه عن ابن الماجشون .

واذا حالت الهبة بزيادة في بدن او نقصان فيه ، فقد لزم حكم الفوت (14) ، وليس حوالة الأسواق فيها فوتا (15) .

---

12) لا يلزم الموهوب له دفع اكثر من القيمة ولو كانت العادة كذلك ، كما لا يلزم الموهوب قبول أقل من القيمة (الفواكه الدواني : 173/2) .

13) اعتبر الفقهاء هبة الثواب جائزة ، رغم كونها تشبه البيع الذي لم يعين فيه العوض ، وذلك تنزيلا لها منزلة نكاح التفويض ، وهو جائز ، مع انه لم يذكر فيه قيمة المهر (ن ، م) .

14) واذا فاتت الهبة بزيادة أو نقص بيد الموهوب له فعليه قيمتها جبرا عليه . قال خليل : « ولزم واهبها لا الموهوب القيمة الا لفوت بزيد أو نقص (الفواكه الدواني : 173/2) .

15) قال ابن القاسم : لا ادري ما يقول مالك في الرجوع في الهبة اذا حالت اسواقها ، ولا أرى له شيئا الا الهبة ، الا ان تفوت في بدنها بنماء أو نقصان (المدونة : 340/4) .

[الهبة التي لا ثواب فيها]

440 ـ ولا ثواب في الدنانير ، والدراهم ، ولا في الحلي المكسور من الذهب والفضة ، الا ان يشترط عرضا أو طعاما (16) .

ومن وهب لفقير هبة ، فلا ثواب له عليه فيها ، كان الواهب غنيا أو فقيرا (17) .

[هبة الفقير للغني]

441 ـ واذا اهدى رجل فقير الى رجل غني طعاما عند قدومه من سفره ، أو ما اشبهه : فلا ثواب عليه في ذلك ، وان كانت الهدية قائمة غير فائتة (18) .

[هبة الثواب كالبيع]

442 ـ قال محمد : وسبيل الهدية وثوابها سبيل البيعات في الحلال والحرام .

لا يجوز أن يعتاض من هبته في ثوابها/ ما لا يجوز أن يبيع به الهبة يدا بيد ، أو الى اجل ، [24 ـ أ] وما أثاب به الموهوب له الواهب بما يتعاطاه الناس ويتعاوضون بمثله ، لزمه أخذه ، وما خرج عن ذلك لم يلزم الواهب أخذه .

---

16) انظر (المدونة : 338/4) .
لا يجوز ان يثاب عن الذهب فضة ولا عكسه لما يلزم عليه من الصرف المؤخر ، ولا عن العين من صنفها لما يلزم عليه من البدل المؤخر ، ولا عن الحيوان لحما من جنسه ، ولا عكسه لحرمة بيع اللحم بالحيوان من جنسه . ولا يثاب عن الطعام بالطعام الا بالعرض أو الدنانير لما يلزم عليه من ربا النساء . وانظر زيادة تفصيل ذلك من الصور والجزئيات الكثيرة مثل ما يقع في الأرياف من رد الطعام بالطعام وغيره في (الفواكه الدواني : 173/2) .

17) من وهب هبة لاجنبي والواهب غني والموهوب له فقير ، ثم ادعى الواهب بعد ذلك انه قصد بها الثواب لم يصدق ، وليس له ان يرجع في الهبة (المدونة : 339/4) .

18) تصدق هذه الصورة على الرجل الغني اذا قدم من سفر فيهدي له جاره الفقير طعاما ونحوه . ثم يدعي الثواب كالاكساء وغيره من افعال الخير (ن . م : 338) .

[الثواب المعيب]

443 ـ وما كان بالثواب من العيوب التي لا تكون مفسدة ، ولا يأنف الناس عن مثلها ، لزمه قبولها ، اذا كان الثواب المعيب كفاف القيمة (19) .

---

19) اذا كان الثواب معيبا صح اذا وفّى بالقيمة . وكذلك اذا كملها الموهب للواهب . وليس للواهب رد المعيب واخذ غيره سالما . كل ذلك ما لم يكن العيب فادحا كجذام وبرص ، فانه لا يجبر على قبول الثواب ولو كمل له القيمة . وهذا ما قرره البناني (حجازي على الأمير : 302/2) .

باب حوز العطايا

[حوز العطية]

444 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن من وهب هبة ، أو أعطى عطية ، فليس له ان يمنعها عن الموهوب له ، ولا المعطى ، ولهم ان يقوموا عليه في قبضها ، فيجبره السلطان على دفعها .

فان حال دون ذلك مرض ، لم يجز ان تقبض في المرض (1) . لأن المرض من أسباب الموت ، وبالموت تبطل ، ولكن يوقف ذلك ، فان أفاق قبضت ، وان مات بطلت (2) .

الا ان تكون الهبة أو العطية في المرض : فلا يضر ذلك ترك القبض ، لأن العطية في المرض إنما هي بمعنى الوصية (3) .

---

1) المقصود منه المرض الذي يخاف عليه في العادة كالحمى والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك ، فهذا هو الذي يحجر عليه ، فيمنع مما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة ، ومما يخرج من ماله بغير عوض كالهبة والعتق قال خليل : « وعلى ذي مرض يميت عادة » (حجازي على الأمير : 133/2) .

2) اذا مات الواهب قبل الحوز ، تبطل الهبة ، الا اذا كان الموهوب له جادا في طلبه غير تارك له فلا تبطل ، وهو رأي ابن القاسم .

وظاهر كلام ابن حارث انها تبطل أيضا ، وهو رأي ابن أبي زيد القيرواني وابن الماجشون (ابن ناجي على الرسالة : 196/2) .

3) سيأتي الكلام على أحكام الوصية في باب الوصي .

[حوز الاب لأولاده]

445 ـ وكل ما وهب الأب لوُلده الصغار (4) . فقبضها لهم ، فهو جائز (5) ،

حاشى الدنانير والدراهم ، فانه لا يجوز ذلك الأب لولده الصغار ، وان طبع عليه ، وان أُلفي بعد موته مطبوعا .

هذا مذهب ابن القاسم وغيره من المصريين (6) .

وقال ابن الماجشون ومطرف : هي جائزة اذا ختم الشهود عليها ، ووجدت كذلك مختوما عليها بعد موته (7) .

واما غير ذلك من العروض والماشية وما شاكل ذلك ، فانه إنما أبرزه من سائر ماله ثم حازه لهم ، فهو جائز .

وان كبروا ، وصاروا الى حال الرشد ، فلم يقبضوا لانفسهم حتى مات ، بطلت العطية .

وكذلك ان كانوا في حين العطية كبارا ، ثم لم يحوزوا حتى مات الأب بطلت العطية (8) .

---

4) المراد بالأولاد الصغار من كانوا دون البلوغ . وأما الكبار فهم البالغون الرشداء . هذا بالنسبة للذكور ، اما البنات ، فانه يجوز لهن اذا كن ابكارا . والوصي ومن يجوز امره على الصغار حكمه حكم الأب .
(زروق على الرسالة : 198/2) .

5) يكتفى في الحوز بالاشهاد ، الا في دار سكناه فلابد من الاخلاء ، ومعاينة الشهود لها خالية من شواغلها . ويمنع في الاشهاد رفع يد الملك ووضع يد الحوز (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 198/2) .
قال الفيلالي :

ونفذت هبةُ دار السكنى ۔۔۔ وتركها الواهب عاما أغنى
في الحوز أن قامت بذاك بينة ۔۔۔ فلا يضر عوده بعد السنة
كبّر موهوب له أو صغرا ۔۔۔ والوقف كالهبة فيما ذكرا

6) انظر (قوانين الاحكام : 272) .
وردت :المصريين ، بالأصل : البصريين .
8.7) انظر ايضا : (ن ، م) .

واذا كان ابنه الصغير عبدا مملوكا لم يجز ان يحوز له الأب ما وهبه له ، لأنه لا يلي له نظرا (9) .

[موت الـمُهْدِي قبل وصول هديته]

446 ـ واذا أهدى الى رجل هدية ، أو بعث اليه ببعثة ، فمات المهدي أو المرسل قبل وصول ذلك الشيء الى من بعث اليه :

فإن كان اشهد عليها عند إخراجها وارسالها ، فهي جائزة ، والرسول قابض لذلك المبعوث اليه .

وإن كان لم يشهد فهي مردودة . وان قبضها المبعوث اليه ردها (10) .

وكذلك يقول ابن القاسم فيما يشتريه الناس في الموسم لأهليهم ، إن شهدوا عليه ، فهو نافذ ، وان مات قبل وصوله .

وإن لم يشهد ، فلا ينفذ الا بالقبض .

وروى عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي في سماعه عن ابن القاسم وأشهب : أن ذلك إنما هو فيما اشتراه لمن يليه من ولده وأهله ، وأما من لا يليه من ولده وأهله ، فلا يجوزهم من ذلك شيء ، وإن أشهد عليه حتى يخرجه ، ويجعله على يدي غيره .

وكذلك إذا دفع الرجل الدنانير الى الرجل ليتصدق بها عنه ، ويفرقها في المساكين :

فإن كان قد أشهد عليها فهي جائزة ، وإن لم يشهد عليها فهي مردودة فإن أنفقها المأمور فهو ضامن .

[هبة العبيد]

447 ـ فاذا وهب عبدا له مرهونا لرجل ، فليس قبض المرتهن للموهوب له قبضا ،

---

9) لا يصح حوز الأب لابنه الصغير العبد ولو اشهد ، لأن الذي له حق الحوز هو سيده الذي يملكه ، إلا أن يكون الأب وصيا (المدونة : 336/4) .

10) ترجع الهبة في الصورة المتقدمة الى ورثة الواهب ، كان الموهوب له معينا أم لا .
ولو مات المرسل اليه المعين قبل إيصال الهبة له من ربها أو رسوله فإن الهبة تبطل إن لم يقع الاشهاد عليها ، فان اشهد صحت وانتقلت لورثة الهالك . (الشرح الصغير : 143/3) .

ومتى قام الموهوب في قبضه جبر الواهب على افتدائه (11) .
وكذلك ان لم يكن مرهونا ، وكان مستأجرا (12) فليس حوز المستأجر للعبد بحوز .

وقال أشهب : هو له حوز .

وكذلك ان وهبه عبده المغصوب . فلا يكون حوز الغاصب للعبد حوزا للموهوب له (13) .

وقال أشهب : هو له حوز كالذي يهب الدين ، فانما قبضه قبوله ، والاشهاد عليه (14) .

[24 ـ ب] قال ابن القاسم : وان وهبه عبده/وقد أخدمه قبل ذلك رجلا ، فانّ قَبْضَ المخدم وحوزَه قبض للموهوب ، كانت الهبة مع الاخدام معا أو كانا في وقتين مختلفين .

قال ابن الماجشون : ان كان ذلك في عقد واحد ، فحوز المخدم للموهوب العبد بعد رجوعه ،

وان كان ذلك في عقدين ، فليس حوزه له بحوز .

قال ابن القاسم : وكذلك ان وهبه عبدا معارا ، فان حوز المستعير حوز للموهوب له .

---

11) فرق مالك بين المرتهن والمخدم ، فلم يعتبر قبض المرتهن للموهوب له قبضا ، واما المخدم فاعتبر قبضه قبضا للموهوب له .

وأساس هذا التفريق هو ان المخدم لم يجب له في رقبة العبد حق ، أما المرتهن فحقه في رقبة العبد فلا يكون قبضه قبضا . وبه قال أشهب على ذلك (المدونة : 329/4) .

12) من اجر شيئا لشخص بأجر معلوم ، ثم وهبه لغيره ، لم يكن حوز المستأجر حوزا للموهوب له قبل قبضهمن المستأجر . وقد فرّق الصاوي في حاشيته بين حوز المستأجر والمستعير . انظر (الصاوي : 148/4) .

13) قال ابن القاسم : إن كان الغاصب لم يقبض للموهوب له ولم يأمره الواهب أن يحوزها للموهوب له ، فيجوز إذا كان غائبا .

فان كان الموهوب له حاضرا غير سفيه ، وأمر الواهب رجلا يقبض ذلك له ويحوز له ، لم يجز هذا ، فالغاصب ليس بحائز .

ثم قال ابن القاسم : الا ترى لو أن رجلا استخلف على دار له خليفة ثم تصدق بها على رجل آخر وهي في يد الخليفة ، ان قبض الخليفة ليس حيازة للموهوب له ، ولا للمتصدق عليه (الشرح الصغير والصاوي : 147/4) .

14) انظر (ن . م) .

وفي الديوان المستخرج من الأسمعة : اذا أودع عبده رجلا ثم وهبه بعد ذلك لرجل ، قال : ان علم بذلك المودع فهو حائز للموهوب له ، وان لم يعلم ، لم يكن له حائزا (15) ،

[جعل الدار المتصدق بها عند رجل]

448 ـ واذا تصدق على رجل بدار ، وجعلها على يدي رجل ، والمتصدق عليه حاضر ، فهي جائزة ،

الا ان يكون قال : لا تدفعها الى فلان إلا بأمري ، فهي غير نافذة(16) .

[الإشهاد في الهبة]

449ـ واذا أقر الواهب أن الموهوب قبض الهبة ، لم ينتفع بذلك الموهوب حتى يعاين الشهود القبض .

[حيازة الأرض الموهوبة]

450 ـ واذا لم يكن للأرض الموهوبة وجه تحاز به ، ولم يكن إبان الكراء فتكرى ، ولا وقت عمل فتعمل ، ولا لها غلق فيغلق عليها ؛ فحكمها حكم الدين حيازته قبوله والاشهاد عليه .

[حوز الأمّ لولدها]

451 ـ ومن قولهم : إن الأم لا يكون حوزها حوزا لوُلْدها فيا وهبته لهم من مالها كالأب ، إلا أن تكون وصيا أو وصي وصي (17) .

---

15) انظر (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 146/4 ـ 147)

16) انظر (المدونة : 330/4) .

17) قال الفلالي :

ولا تحوز لابنها ما تهَبُ   الأم ما لم يكُ أوصاها الاب

وما ذكره ابن حارث والفلالي رواية ابن القاسم عن مالك .

وقال مطرف وابن الماجشون : حيازة الأم لهم حيازة جائزة فيا وهبت هي لهم أو غيرها وإن لم تكن وصية عليهم (شرح عمليات الفلالي : 395) .

باب أحكام الوصايا (*)

[الوصية بأزيد من الثلث]

452 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن الموصي إذا أوصى بأكثر من ثلث (1) ماله ثم مات ، إنه يقال للورثة : هل تجيزون ما أوصى به صاحبكم ؟ فإن أجازوا جازت الوصية (2) .

وإن أبوا أن يجيزوا : قيل لهم فاخلعوا ثلث جميع ما تركه الميت ، وابدؤوا به الى أهل الوصايا يتحاصون فيه ، فاذا تحاص اهل الوصايا في الثلث نظر اليهم :

فمن كانت وصيته في عين شيء (3) مثل دار او عبد أو ثوب ، أخذ ما ينوبه في الحصاص في عين ذلك الشيء ،

---

*) الوصية :تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع .

وحكمها الندب وتعتريها بقية الأحكام الخمسة . وفي الحديث « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه مكتوبة » .البخاري(ابن ناجي على الرسالة : 169/2) .

1) الأصل في تقييد الوصية بثلث مال الموصي هو ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم : « أنه لما عاد سعد بن أبي وقاص فقال له : يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟قال : لا ، قال : فالثلث ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير . إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » البخاري ومسلم واحمد .

وهي لا تجوز لوارث لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » الا اذا اجازها الورثة (بداية المجتهد : 267،266/2)

2) ذهب بعض العلماء الى ان ما زاد على الثلث باطل ولو أجازه الورثة ، لأنه عقد فاسد منهي عنه (ابن ناجي على الرسالة : 170/2) .

3) المقصود من (عين شيء) الرقاب . والوصية فيها جائزة باتفاق (بداية المجتهد : 367/2) .

وان كانت وصيته في غير عين (4) مثل دينار أو غلة أو خدمة ، ضرب في جميع مال الميت .

[ما يخرج من رأس المال]

453 ـ ومن أصل قولهم : إن كل ما أراد الميت أن يخرجه من رأس المال على حكم الصحه مما يتم فيه ولا يجوز إقراره به ، فلا يكون في ثلث ولا في رأس مال ، لأنه لا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث .

وكل ما أراد إخراجه من رأس المال على حكم الوصية ، فإنه جائز في الثلث ، وإن بلغ قدره الى رأس ماله ينفذ منه ما حمل الثلث فقط (5) .

[الوصية في ثلث المال المعلوم للميت]

454 ـ وكل ما يخرج من ثلث الميت ، فلا يخرج الا من ثلث ما يعلمه الميت من المال .

وأما ما لا يعلمه من ماله : مما يطرأ له ويظهر بعد موته ومما يشغله بالاقرار الذي لا يجوز وهو يرى أنه يجوز من رأس ماله على حكم الصحة ، كل ذلك لا يدخل فيه شيء من الوصايا ،

حاشى المدبر في الصحة لا غير ، فانه يدخل فيما علم الميت وفيما لم يعلم من ماله (6) .

[ما يضرب في الوصية للأفعال التي لم تسم لها غاية]

455 ـ وكل ما أوصى به الميت من الأفعال التي لم يسم لها غاية ، مثل قوله : تصدقوا

---

4) المقصود من (غير العين) المنافع وقد خالف ابن عبد البر جمهور المذهب فقال : الوصية بالمنافع باطلة (ن . م) .

5) أصل هذ الحكم أساسه حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم : فإن كانت الوصية بأكثر من الثلث ولو يسيرا لم تصح ويبطل ما زاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة . وعندئذ يصبح ذلك عطاء منهم لأن الحق انتقل لهم . ويشترط في الورثة أن يكونوا بالغين رشداء لتصح منهم العطية (الفواكه الدواني : 145/2) .

ويروى في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث الا ان يجيز الورثة » الدارقطني .

6) الفرق بين المدبر في حال الصحة والوصية : ان عقد التدبير لازم . وأما عقد الوصية فهو منحل ، وللموصي الرجوع فيه ما دام حيا ، ولو اشترط على نفسه عدم الرجوع (ن . م) .

كل يوم جمعة بدرهم عني ، وأوقدوا في هذا المسجد قنديلا ، وما شاكل ذلك ، فإنه يضرب له في المحاصة بالثلث كاملا .

قال عبد الملك بن الماجشون : وكذلك إن أوصى بوصايا ، كل واحدة منها لم يسم لها غاية ، فانه يضرب لجميعها بالثلث ، ويضرب لكل واحد منها بالثلث (7) .

[ترتيب الوصايا اذا ضاق بها الثلث]

456 ـ ومن أصل كلام ابن القاسم ومذهبه في أمهاته في باب التبدية : إذا ضاق الثلث أن يبدأ بالمدبر في الصحة (8) ، ثم الزكاة المفرط فيها إن أوصى بها (9) ، ثم الرقبة المبتوتة في المرض ، والمهر في المرض معا ، ثم الوصية بالعبد/أن يعتق بعينه (10) والذي أوصى أن [25ـأ] يشترى للعتق بعينه ، ثم المكاتب ، ثم الحج ، والرقبة بغير عينها .

قال اشهب : وزكاة الفطر بعد الزكاة المفروضة (11) .

واختلف ابن القاسم وعبد الملك في المدبر في الصحة ، وصداق المرأة المنكوحة في المرض ان كان دخل بها . أيهما يبدأ على صاحبه ؟

فقال ابن القاسم : يبدا المدبر ، لانه ليس له ان يدفع عن تدبيره . فكذلك ليس له ان يدخل عليه مما يبدأ عليه فيمنعه العتق .

---

7) مثال الوصايا التي لا غاية لها ولا أمد أن يقول الموصي : اعطوا المساكين كل يوم خبزة ، أو اسدوا كل يوم راوية ماء في السبيل .

قال سحنون : فهذا كمن أوصى بثلث ماله فانما يحاص لهذا بالثلث (المدونة : 304/4) .

8)التدبير في حال الصحة مقدم على غيره من الوصايا التي في حال المرض ، لان تدبير الصحة لازم بخلافه في المرض فانه منحل (الفواكه الدواني : 146/2) .

9) هذا الحكم ما لم يعترف الموصي بحلول ما فرط فيه وبقائه في ذمته ويوصي باخراجه والا اخرج من رأس المال (ن ، م) .

10) العتق لعبد معين يبدأ على بعض الوصايا لا على جميعها . لقد ذكر خليل الذي يقدم منها على الاطلاق مرتبة في قوله (وقدم لضيق الثلث فك الأسير الذي أوصى بفدائه ، ثم مدبر الصحة ، ثم صداق المريض ، ثم زكاة أوصى بها الخ (ن ، م) .

11) انظر (المدونة : 298/4) .

قال عبد الملك : صداق المراة المتزوجة في المرض من الثلث مقام الدين من رأس المال .

واختلف ابن القاسم وعبد الملك : في الرقبة التي يوصى بعتقها ، وهي بغير عينها ، والوصية بالدنانير والدراهم لرجل .

فقال ابن القاسم : يتحاصان .

وقال عبد الملك : تُبدأ الرقبة التي ليست بعينها ، فتعتق .

والذي سبق (12) عبد الملك بن الماجشون من التبدئة في كتابه : التدبير في الصحة ، ثم العتق البَتّل (13) ، ثم التدبير في المرض ، ثم الزكاة ، ثم الموصى له بالعتق ثم الذي أوصى ان يشترى بعينه للعتق .

[الوصية بالكتابة أو العتق مع وصايا أخرى]

467 ـ واذا أوصى بكتابة عبد ، أو بعتق عبد الى اجل ، أو عتق عبد بعد خدمة رجل مدة ذكرها ، وأوصى وصايا وضاق الثلث .

فانظر : فان كان العبد هو الثلث وقفا ، نُفذت الوصية للعبد ، وكانت كتابته أو غلته او خدمته هي باقي الثلث ، فيتحاصّ صرفيها أهل الوصايا ، ان لم يجز الورثة وصية صاحبهم .

وان كان الثلث أقل من رقبة العبد قيل للورثة : ان شئتم أجيزوا الوصية ، والا فاعتقوا من العبد ما حمل الثلث بتْلا (13) ويسقط سائر الوصايا (14) .

---

12) زيدت (عند) بالهامش بخط مغاير .

13) العتق البَتْل : الناجز .

14) البدء بالعتاقة أساسه ما ورد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر ان يبدا بالعتاقة وقد صنع مثل ذلك ابو بكر وعمر لأن الشارع متشوف للحرية (الزرقاني على الموطا: 67/5) .

[الوصية في المرض]

58 ـ وإذا كتب وصيته في مرضه ، وأشهد فيها ، ثم أفاق من مرضه ، ثم مات من بعد ذلك ووجدت الوصية ، فإن كانت مسجلة فهي نافذة ، وإن كانت موقوفة على شرط : إن مت من مرضي هذا ؛ فلا تنفذ ، الا ان تكون على يدي غيره .

وإن كانت مسجلة لا شرط فيها ، وكانت على يدي غيره ، فأخذها منه ثم مات ، لم تجز .

وقال ابن كنانة : إذا كتب وصيته في مرضه ثم مات بعد ذلك ، فانها جائزة ، وان كانت على يده ، وان كانت على شرط ، لأن تركه لها رضى .

ولا مؤونة عليه لو أراد تبديلها في محو الكتاب .

ولو كانت تلك الوصية التي على الشرط انما كانت باشهاد ظاهر في غير كتاب ، ثم أفاق ، ثم مات ، فانها لا تنفذ ، لأنه لا يغير ذلك الا بتعب ومؤونة ، ومشي على الشهود .

[الوصيتان المتلاحقتان)

459 ـ واذا أوصى للرجل بوصيتين ، واحدة بعد اخرى ، فله الأكثر منهما ، ان كانت الوصيتان جميعا من جنس واحد ،

وان كانتا من جنسين ؛ فله الوصيتان جميعا (15) .

[اذن الورثة بالايصاء باكثر من الثلث]

460 ـ واذا اذن له بعض الورثة ، أو كلهم في ان يوصي باكثر من ثلثه ، ففعل ثم مات ،

---

15) مثال الوصيتين اللتين من جنس واحد ان يوصي لفلان بدنانير ، ثم يوصي له بدنانير هي اكثر من السابقة ، فانه يأخذ الأكثر .ومثل الدنانير الحنطة والغنم وغيرها .
واما لو اوصى له في المرة الاولى بدنانير وفي الثانية بغير الدنانير فانه يأخذها جميعا (انظر المدونة : 313/4) .

فمن كان في عياله (16) منهم ، فلا تنفذ عليه اجازته لذلك ، ومن كان بائنا عنه (17) فذلك نافذ عليه .

[الوصية بشيء واحد لاثنين]

461 ـ واذا أوصى لرجل بشيء ، ثم أوصى بذلك الشيء بعينه لرجل آخر : فليس ذلك برجوع ، ويشتركان فيه ،
الا ان يقول : الشيء الذي أوصيت به لفلان ، فيكون ذلك رجوعا .

ولو أوصى لرجل بعبد ، ثم أوصى بعتقه ، ثم أوصى به لرجل ، فان ذلك كله رجوع .

والفرق بين ذلك وبين ما تقدم ، ان العطايا يشترك فيها والعتق لا اشتراك فيه .

---

16) الذين يكونون في عيال الموصي مثل الزوجة والبنات اللاتي لم يبن منه وكل ابن في عياله وان كان قد احتلم (ن . م : 317/4) .

17) البائن عن الموصي مثل الأولاد الذين بانوا عن أبيهم أو أخ أو ابن عم ليسوا في عياله (ن . م : 317/4) .

باب حكم المريض (*)

[التصرف المالي للمريض]

462 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن حكم المريض في مرضه كحكم الصحيح : في بيعه ، وشرائه ، وقبضه ، وإعطائه ، وإنكاحه ، واقراره ، ووجوه/إنفاقه ما لم يكن في شيء من ذلك محاباة (1) يدخل في باب المعروف ، [25 ـ ب]

فان كان شيء من ذلك ، فهو في ثلثه (2) .

[طهارة المريض]

463 ـ وحكمه في باب فرض الطهارة ، إن لم يستطع أن يتكلفها تولى ذلك عنه غيره ،

---

*) المريض على نوعين :

مريض لا يخاف عليه الموت غالبا ، كالابرص والمجذوم وغير ذلك فلا حجر عليه اصلا .

ومريض يخاف عليه في العادة ، وهو الذي يحجر عليه فيمنع مما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والتداوي وغير ذلك مما بينه المؤلف .

وعرفه خليل بقوله « هو ما حكم الاطباء بكثرة الموت فيه » وهذا يرجع الى معرفة الطبيب بان الهلاك به كثير .

وعرفه مالك بانه « كل مرض اقعد صاحبه عن الدخول والخروج ، وان كان جذاما أو برصا أو فالجا » .

والمراد بكثرة الموت أنه لا يتعجب من صدوره عنه ولو لم يغلب صدوره عنه ، اذ لا يلزم من الكثرة الغلبة (مواهب الجليل : 78/5 ؛ التاج والأكليل 75/5 ؛ الزرقاني مختصر خليل : 390/5 ؛ قوانين الاحكام : 237) .

1) المحاباة : هي البيع باقل من القيمة بكثير لقصد نفع المشتري ، أو الشراء باكثر من ذلك بقصد نفع البائع ، (البهجة ، وحلي المعاصم : 82/2) .

وتعتبر المحاباة من يوم فعلها لا من يوم الحكم (الزرقاني على المختصر : 391/5) .

2) اذا عاش المريض صحت أفعاله التي كانت قد منعت عليه في مرضه ونفذت من رأس المال . والحجر عليه في حال المرض انما هو لحق الورثة (قوانين الاحكام : 237) .

وإن كان لا يستطيع أن يمسه الماء تيمم (3) . فان لم يطق ان يتكلف تولى ذلك منه غيره .

[صلاة المريض]

464 ـ وحكمه في فرض الصلاة : انه لا يكلف مشقة ، ولكنه يصلي كيف تيسر عليه (4) ، ولا سبيل الى تأخير الصلاة البتة (5) .

[زكاة المريض]

465 : وحكمه في الزكاة : انه اذا حلت عليه زكاة ماله ، وهو مريض ، فأخرجها ولم يؤخرها : انه جائز من فعله ، ويكون من رأس ماله .

وانما الذي لا يجوز له اخراجها ، وان أوصى ، فانما تكون من ثلث ماله الزكاة المفرّط فيها .

[حج المريض]

466 ـ وحكمه في الحج : أن يُطاف به (6) ويُسعى ، وأن تُرمى عنه الجمار ، وعليه ان

---

3) قال ابن عاشر :

فصل لخوف ضر او عدم ماء   عوض من الطهارة التيمما

وأصله قوله تعالى : « وان كنتم مرضى او على سفر أو جاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء ، فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا » النساء 43 .

4) قال مالك رحمه الله : « المريض الذي اشتد عليه القيام في الصلاة وبلغ منه ، والله اعلم بعذر ذلك من العبد . ومن ذلك ما لا تبلغ صفته فاذا بلغ ذلك صلى وهو جالس ودين الله يسر (الموطا : 282/2) .

5) يجوز للمريض ان يجمع ان خاف ان يغيب على عقله أو ان كان الجمع أرفق به . ووقته في اول وقت الأولى وقيل في آخر وقت الأولى وأول وقت الثانية (قوانين الاحكام : 62) .

6) المشي في الطواف والسعي واجب لا يسقط الا لعذر لما ورد عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت « شكوت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اشتكي ، فقال : طوفي من وراء الناس وانت راكبة .. الحديث » الموطا .

قال مالك : « المشي من شروط الطواف ، وهو كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد » ويعيد عنده ابدا ، الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما (بداية المجتهد ، 390/2) .

يتحرى وقت الرمي ، فيكبر على حسب ما كان عليه ان يكبر لو تولى رميها ، وعليه ان يريق دما اذا رميت عنه ولم يرمها (7) .

[صوم المريض]

467 ـ وحكمه في الصوم ان يفطر ما كان مريضا ، ويقضي ذلك أياما أخر كما قال الله عز وجل (8) .

[عطايا المريض]

468 ـ وجميع ما بُتِل (9) من الافعال التي لا تجوز الا في ثلثه ، وحكمها الوقف : لا يطلق عليها القول بانها جائزة لانها لا يحملها الثلث ، ولا يطلق عليها انها غير جائزة ، لان المريض قد يصح فتنفذ .

[من يلحق بالمريض]

469 ـ وكل من حضر الزحف (10) ، أو حبس للقتل ، أو قرب للقصاص ، أو لضرب مخوف (11) : فحكمه في افعاله حكم المريض ،

وليس حكم راكب البحر الهائل(12) كحكم المريض. هذا مذهب ابن القاسم .

---

7) المقصود بالدم هنا الهدي لانه ترك واجبا ، ولا اثم عليه لأنه معذور .

8) رخص الله تعالى للصائم الفطر لأجل المرض.قال تعالى « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام اخر » البقرة 185 .

قال مالك رحمه الله : ان المريض اذا اصابه المرض الذي يشق عليه الصيام معه ، ويتعبه ويبلغ ذلك منه ، فليفطر (تنوير الحوالك : 28/1) .

9) ما أنجز ونُفِّذ منها قطعا .

10) يعتبر من حضر الزحف في حكم المريض ولو لم يصبه جرح بخلاف الحاضر في صف النظارة او الرد . والنظارة هم الذين ينظرون المغلوب من المسلمين فينصرونه . والرد هم الذين يردون الفار من المسلمين او يردون اليهم اسلحتهم (الشرح الكبير : 276/3)

11) ألحق الفقهاء بالمحبوس حالة الوباء ونحوه ، ان اذهب نصف الناس او ثلثهم وقالوا : انهم كالاصحاء حتى يصيبهم (االزرقاني على المختصر الخليلي:390/5)

12) الهول : المخافة من الأمر لا يدرى ما يهجم عليه منه ، كهول الليل وهول البحر (اللسان : هول) .

وقال غيره : حكمه حكم المريض 13 .

واما المجذوم والمفلوج ، فما كان من ذلك قد ألزمهم الفراش واقعدهم ، فأحكامهم احكام المريض (14) .

وما كان من جذام يابس او فالج غير مقعد ، وكان اصحاب ذلك يدخلون به ويخرجون ، ويتصرفون ، فأحكامهم احكام الصحيح .

والمرأة الحامل حكمها حكم الصحيح ، ما لم تثقل ، فاذا اثقلت فحكمها حكم المريض ، اول احكام الثقل ستة اشهر (15) .

[نكاح المريض]

470 ـ ونكاح المريض والمريضة غير منعقد ، وان اذن له في ذلك الورثة .

فان صح المريض منها ، فقد اختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال : لم يثبت ، ومرة قال : يثبت (16) .

وكيف تَصرَّف طلاق المرأة ، وزوجها مريض ـ كانت طائعة أو كارهة ، أو كان ذلك الطلاق بسببها بفعل فعلته ، أو بغير سببها ـ فالميراث للمرأة قائم ، ان مات الزوج من ذلك المرض (17) .

---

13) اختلفت الاقوال في راكب البحر متى يكون حاله كحال المريض . واظهر الاقوال انه إن كان في حال الهول هو كالمريض . وذلك لقوله تعالى : « وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا انهم احيط بهم » يونس 22 (التاج والاكليل : 78/5) .

14) يعني الذي مرضه مخوف .

15) تأخذ الحامل حكم المريض اذا دخلت في الشهر السابع ولو بيوم بان يكون قد مضى على حملها ستة اشهر كاملة . وقيل تلحق الحامل بالمريض عند المخاض فقط (الزرقاني على الخليل : 390/5)
وهي في بداية الحمل لغاية ستة اشهر تكون في حال بشر وسرور قال تعالى « حملت حملا خفيفا فمرت به فلما اثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين » الاعراف : 189 .

16) المشهور في قول مالك عدم جواز نكاح المريض (بداية المجتهد 54/2)

17) عن ابي سلمة ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورّثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء

[حد المريض]

471 ـ وما وجب على المريض من الحدود ، أخرت حتى يُفيق ، حاشى الرجم ، فان سببه القتل به ، فلا معنى لتاخيره حتى يفيق .

[شراء المريض من يعتق عليه]

472 ـ واذا اشترى المريض في مرضه بعض من يعتق عليه ، أعتق من الثلث ، وورث . هذا مذهب ابن القاسم .

ومذهب غيره من الرواة : انه يعتق من الثلث ، ولا يرث ،

وقال غيرهما من الرواة : يعتق من راس المال ، ويرث

وقال غيرهم من الرواة : ان كان هذا الوارث المشتري يحجب غيره من الورثة : فله ان يشتريه بجميع ماله ، ويرث ما وجد ، ان وجد شيئا .

وان كان لا يحجب غيره من الورثة : فلا يشتريه الا بالثلث ، ولا يرث .

[اقرار المريض بدين]

473 ـ وحكم المريض في اقراره (18) بالدين جائز ،

---

18) اقرار المريض لا يخلو حاله اما ان يكون لاجنبي او لقريب وارث : فالاقرار للاول يمضي ، وللثاني لا يمضي ، قال ابن عاصم :

= عدتها وكان ذلك الطلاق الحاصل بطلب منها .

وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى ولها الميراث ولا عدة عليها . قال مالك : فان دخل بها كان لها الميراث والمهر كله . تستوي في ذلك البكر والثيب (تنوير الحوالك : 93/2) .

وان يكن لأجنبي في المرض غير صديق فهو نافذ الغرض
ولصديق او قريب يرث يبطل ممن بكلالة ورث

وقيل : بل يمضي بكل حال.

وانظر شرح ذلك مفصلا في (حلي المعاصم ، والبهجة 319/2)

الا لمن يتهم عليه ، من وارث او صديق ملاطف ، فلا يجوز من ذلك شيء ، الا ان يجيزه الورثة .

وكل ما أقر به المريض من براءة لوارث من ضمان أو أمانة .

فانظر : فإن كان إنما أبرأه من شيء لو ادعى الوارث البراءة منه كلف على ذلك البينة ، فانه لا ينفعه اقرار المريض ، وعليه ان يقيم البينة على صحة ذلك ، وإلا غرم .

وإن كان انما ابرأه مما لو ادعى البراءة منه صدق بلا بينة ، فالاقرار له في ذلك نافذ .

وإذا أقر لامرأته في مرضه بمهر/فان كان لها منه الناحية (19) وأولد ، فلا يجوز إقراره ، [26 ـ أ]

وان لم يكن لها ذلك منه ، فهو جائز .

ولا يراعى في ذلك الا في المراة خاصة ، لا يراعى في سائر الورثة (20) .

[سهم المريض في الجيش]

474 ـ وحكمه اذا مرض في الجيش أن سهمه قائم .

---

19) الحظوة وانظر التفصيل في الهامش الموالي .

20) الزوجة المقر لها تعتريها حالات فهي اما ان تكون مقربة عنده فيمنع اقراره لها وجوبا ، اما إن كانت مبغوضة لزم الاقرار وصح ، واما إن كان حالها عند الزوج المريض مجهولا ففي ذلك تفصيل انظر المصدرين السابقين .

اما إقرار الزوجة المريضة لزوجها ، فيفصل بين حبها له وبغضها ، وجهل الحال ، كما تقدم مع الزوج . قال ابن عاصم في ذلك :

وحال الزوجة والزوج سواء ....

باب التداعي

[اختلاف المتبايعيْنِ في الثمن]

475 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن المتبايعَيْن إذا اختلفا في الثمن بعد انعقاد الصفقة بينهما ؛ فقال البائع : بعتُ بعشرة . وقال المشتري : اشتريتُ بثمانية : أنهما يتحالفان (1) ويتفاسخان (2) ما لم تفت السلعة(3) ، فإن فاتت فذلك أصل تنازع فيه الرواة من أصحاب مالك .

فذهب ابن القاسم : أنها إذا فاتت أن القول قول المشتري مع يمينه .

وقال أشهب : يتحالفان ويتفاسخان على قيمتها ، وقيمتها إذا فاتت كبيعها إذا حضرت .

وروى ابن وهب عن مالك : أن السلعة المختلف في ثمنها إنما التحالف والتفاسخ فيها ما دامت بيد البائع فإذا قبضها المشتري فالقول قوله وإن كانت السلعة في يده غير فائتة .

قال محمد : وإلى رواية[شبطون](4) كان يميل سحنون .

واحتج لصحة ذلك محمد بن إبراهيم بن عبدوس فقال : إن طال فالقول قول البائع إذا كانت السلعة في يده من أجل المنع الذي له فيها . لأن منعه ألا يرجعها حتى يقبض الثمن ، فكان ذلك المنع شاهدا له في قوله كالمنع الذي يجب للمرتهن في الرهن ما لم

---

1) يبدأ البائع بالحلف على الأرجح ، فالقول له بيمينه ، فإن نكل حلف المشتري وقضي بدعواه ولا يراعى الشبه ولا عدمه عند القيام (الشرح الصغير : 250/3) .

2) الفسخ يكون بحكم الحاكم أو تراض منهما عليه ، فإن لم يحكم به حاكم ولم يحصل منهما تراض به جاز لأحدهما الرضا بما أدعاه الآخر وتم البيع به ظاهرا عند الناس وباطنا عند الله (الشرح الصغير : 250/3) .

3) فوت السلعة يكون بحوالة السوق ، وقيل : قبضها فوت (الشرح الصغير : 250/3) .

4) علم من أعلام الفقه المالكي طمست حروفه بالأصل ولم يبق منها سوى (ـطون) . ولعله ما أثبتناه .

بقبض دَينه (5) ، فإذا زال ذلك المنع فإنما هو مدع بما لا يقر به المشتري فالقول قول المشتري .

قال محمد : لقول ابن عبدوس واعتلاله رونق لولا انه يضمحل عند التأصيل .
والصواب عندي ما قال اشهب بن عبد العزيز : إن القول قول البائع وإن فاتت . ويكلف المشتري إخراج القيمة ثم يتحالفان عليها .

والشاهد لصحة ذلك ان كل مقر لا يؤخذ إلا بإقراره وان كلام المقر إن كان بعضه يتبع بعضا نسقا واحدا فإن آخره يعرف بأوله وأوله مضمن بآخره ولا يكون للمشتري ان يقر له عليه فيأخذه بأوله الذي يدعيه ويكذبه في آخره الذى ينكره .

مثل ان يقول : لفلان عندي عشرة دراهم زيوف او عشرة دراهم غير درهم : فإن القول قوله في ذلك كله لأنه مقر . لو لم يقر بشيء لم يكن للمقر له عليه شيء . فإذا اقرّ طوعا فإنما يؤخذ بما اقر به .

وهذا البائع المختلف مع المشتري في الثمن قد تقدم له ملك السلعة وأقر له بذلك المشتري : فإنه إنما اقر بزوال ذلك الملك المتقدم بشرط ، وهو الثمن الذي ذكره : فاما صدّقه المشتري ، وإما كذّبه : فإن صدّقه دفع إليه ما يذكر من الثمن . وإن كذّبه ردّ عليه سلعته وليس له ان يفرق بإقراره فيأخذه بإقراره بالبيع ويرد عليه قوله بالثمن . ولو جاز ذلك لانتقضت الأصول في باب الاقرار ولتغيرت الفتيا فيها .
وهذا الأصل ايضا منصرف على من ينكر التحالف والتفاسخ في البيع من اصل المذهب (6) .

قال موسى بن عبد الرحمن القطان : سالني محمد بن سحنون يوما فقال : ما تقول في

---

5) يذكر ابن رشد : « ان المشهور من قول ابن القاسم ان السلعة المبيعة المحبوسة بالثمن رهن به » (سهل المدارك : 222/2) .

6) هنا تظهر عند ابن حارث نزعته الاجتهادية وميله الى التأصيل في الفتوى ، فهو يناقش علماء المذهب في اجتهادهم وتعليلهم للأحكام ، ويميل الى ما يراه صوابا موافقا للأصول التي كان مستوعبا لها مُرجعا فروعها إليها .
وهذا يدل على مدى تفقه ابن حارث ومدى إدراكه لقواعد الشريعة وأسرارها وارتباط فروعها بالكليات العامة .

الرجلين يختلفان فيما يتبايعانه (7) فيقول احدهما : بعشرة ، ويقول الآخر : بعشرين ؟

قال : فقلت يتحالفان ويتفاسخان .

فقال لي : بقي عليك (8) .

قال : فقلت له : فما الجواب ؟

قال : فأبى ان يخبرني .

قال : فوجدت بعد ذلك تفسيرا لعبد الملك بن الماجشون في ذلك : انه انما يتحالفان اذا اشبه ما قال كل واحد منهما/وإن اتى الآخر بما لا يشبه ، فالقول قول صاحبه(9) . ـ ب

[القراض بالفلوس]

476 ـ قال موسى : وسألني أيضا يوما فقال لي : ما تقول في القراض بالفلوس ؟ (10) .

فقلت : لا يجوز لانها مقام السلع .

فقال : بقي عليك .

قلت : فتجوز لأنها العين .

فقال : بقي عليك .

---

7) في الاصل يتبايعان

8) يريد : زيادة البيان .

9) اختلاف المتبايعين يتصور فيه ست صور ، خمس منها لها حكم واحد . انظرها في (قوانين الاحكام : 182)

10) القراض حقيقته : تنمية العامل المال بالتجارة على جزء من الربح يتفقان عليه . وهو رخصة شرعية مباركة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة فيهن البركة : البيع الى اجل ، والمقارضة ، وخلط الشعير بالبر للبيت لا للبيع » رواه ابن ماجه (زروق : 157/2)

قلت : وما الوجه الثالث ؟

فأبى أن يجيزه حتى رأيت في ذلك تفسيرا لبعض أصحاب مالك .

قال : ان كانت الفلوس قليلة : فهو جائز لان حكم قليل الفلوس حكم النَّفاق ،

وإن كانت كثيرة ، فلا يجوز لأن حكم كثير : الفلوس حكم البوار .

قال : فعلمت أنه هذا المعنى نحا ابن سحنون (11) .

[اختلاف المتبايعين في قِدَم العيب]

477 ـ قال محمد : ومن أصل قولهم في التداعي في العيوب (12) : ان ينظر :

فان قطع المشتري بعيب يعلم أهل المعرفة أنه من العيوب القديمة : وجب للمشتري الرد بلا يمين تجب عليه في ذلك ،

إلاّ أن يدعي البائع على المشتري ، أنه تبرأ اليه من ذلك ، وأنه اطلعه عليه فرضي ، أو سكت سكوتا يلزمه في مثله الرضا ، فيجب عليه اليمين في ذلك .

وإن قطع أهل المعرفة على أنه عيب حادث في اقل من المدة التي بين البيع والقيام : فالقول في ذلك العيب قول البائع بلا يمين .

---

11) اختلف فقهاء المذهب المالكي في حكم القراض . فقيل بالمنع وهو قول مالك وابن القاسم ، وقيل بالكراهة نقله اللخمي ، وقيل بالجواز وهو لأشهب . وقيده ابن رشد باليسير .
ونقل أن أول من عمل به في الاسلام عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهم ، وقيل يعقوب مولى عثمان بن عفان .عطاه عثمان مالا قراضا على النصف لما امر عمر بالاخراج من السوق كل من ليس بفقيه(ابن ناجي على الرسالة : 157/2) .
يعني بالفقيه : العارف بأحكام البيوع .

12) يشترط في القيام بالعيب شرطان :
ـ أن يكون العيب اقدم من التبايع .
ـ ان يكون المشترى غير عالم بالعيب حين التبايع (قوانين الاحكام : 195)

وإن شك أهل المعرفة فقالوا : يمكن أن يكون قديما ويمكن ان يكون حديثا : فالقول قول البائع مع يمينه على الثبات ان كان ظاهرا ، وعلى العلم ان كان باطنا (13) .

[الاختلاف في تمام البيع]

478 ـ ومن أصلهم : أنه إذا ادعى أحد المتبايعين تمام البيع ، وادعى الآخر نقصه بشرط يذكره ، او خيار يدعيه : ان القول قول مدعي التمام (14) .

قال محمد : وانظر : فكل من جُعِل القولُ قوله في باب الدعوى فانما ذلك اذا ادعى ما يشبه ،

حتى اذا ادعى ما لا يشبه مما لا يشك الناس في أنه كاذب ، فالقول قول صاحبه ،

الا ان يدعي أيضا ما لا يشبه ، فاذا ادعى ما لا يشبه : عاد القول الى اصله ، وكان القول قول صاحبه .

[اختلاف الآمر والمأمور]

479 ـ والاصل في تداعي الآمر والمامور في الشراء والبيع : أن القول قول الآمر في البيع ان كانت السلعة قائمة ،

وإن كانت فائتة : فالقول قول المامور مع يمينه .

وفي الشراء : القول قول المامور ، لفوت الدنانير والدراهم المشترى بها ذلك الشيء .

---

13) اذا كان العيب مما يجهله الطرفان البائع والمشترى كالسوس في داخل الخشب فلا قيام للمشتري بالرد(ن.م)

14) يكون الحكم في البيع عند الاختلاف لمدعي البت ، وذلك لانه الغالب عند الناس كمدعي الصحة دون مدعي الفساد للبيع ، ما لم يجر عرف بخلافه كأن جرى العرف بالخيار فقط ، فالقول قول مدعي الخيار .
واما ان اتفق الطرفان على وقوع البيع على الخيار كل واحد منهما ادعاه لنفسه فقيل يحلفان ويتفاسخان وقيل يتحالفان ويكون البيع باتا . والقول الاول هو الظاهر (الصاوي على الشرح الصغير : 256/2)

[الاختلاف في السلّم]

480 ـ قال محمد : ومن أصلهم اذا تداعى المتعاملان في السلم أن ينظر :

فإن اتفقا في النوع والصنف واختلفا في وزنه ، أو كيله ، أو عدده : فالقول قول المسلم اليه .

وان اختلفا في النوع والجنس : تحالفا وتفاسخا السلم (15) .

[الاختلاف بعد القسمة]

481 ـ واذا قسم الشريكان شيئا كان بينهما ، فادعى احدهما الغلط : لم يجز قوله (16) ، وكان القول قول صاحبه مع يمينه .

وان ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه ، وزعم أنه انما وقع في نصيبه دون نصيب صاحبه : فالقول قول الحائز لذلك الشيء ، وعلى مدعيه البينة .

فان لم يكن في حيازة واحد منهما تفاسخا القسمة بعد تحالفهما (17) .

هذا مذهب ابن القاسم .

وقال أشهب : الذي في يديه ذلك الشيء المدعَى ، هو المدعى وارى ان يتحالفا ويتفاسخا القسمة .

قال محمد بن عبدوس : وأما أنا فرأيت أن يكون ذلك الشيء المدعَى بينهما نصفين ، كما كان بينهما في الاصل ، لان كل واحد منهما مدع على صاحبه في نصيبه منه .

---

15) ينطبق الحكم المتقدم أيضا عند اختلاف المتداعين في قدر الثمن او المثمن او قدر الاجل او الرهن او الحميل ولا فرق في ذلك بين بيع السلم والنقد (الصاوي على الشرح الصغير : 257/2)

16) لا يقبل دعوى الغلط بين الشركاء الا اذا اتى مدعي الغلط بما يثبت قوله ، او يتفاحش حتى يعلم انه غلط لاشك فيه (المدونة : 249/4)

17) اذا ابى احدهما اليمين جعل الشيء المتنازع عليه للشريك الآخر بيمينه (ن.م : 250)

[اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن]

482 ـ واذا تداعى الشفيع والمشتري في الثمن ، فقال المشتري : اشتريت بكذا ، وقال الشفيع : بكذا . فالقول قول المشتري .

قال عبد الملك بن حبيب : وذلك اذا كان الذي يقول المشتري يشبه ، فان أتى بما لا
27 ـ أ] يشبه (18) ، رد الى القيمة وخير/الشفيع : فإن شاء أخذ ذلك وإن شاء ترك .

وحكي عن مطرف بن عبد الله : أن القول قول المشتري وإن أتى بما لا يشبه (19) .

وروى أشهب عن مالك : أنه إذا زعم المشتري انه اشترى الشقص بمائة وهو لا يساوي الا الشطر من ذلك أو اقل ، فان قوله مقبول اذا كان جاره ، او ملك ما يشبه ذلك ممن يزيد في الدار مثل الغني زاد ضعفين أو أكثر ،

[مُدَّعِي العلم مُقدَّم على مُدَّعي الجهل]

483 ـ ومن اصولهم : أن كل من ادعى العلم في شيء ، وادعى صاحبه في ذلك الشيء الذي يتخاصم المدعيان فيه الجهل ، فان القول قول مدعي العلم مع يمينه .

[الاختلاف في رد المصنوع]

484 ـ واذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع اليهم : فالقول قوله ، وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين [ما] في ايديهم (20) .

---

18) معنى قوله يشبه أي يشبه ان يكون الثمن فيما يتعامل الناس فيه (المدونة : 208/4)

19) اذا أقام كل من الشفيع والمشتري بينة وتكافأت البينتان في العدالة فالقول قول المشتري في الثمن وهما بمنزلة من لا بينة لهما لان الدار في يد المشتري قال ذلك ابن القاسم (ن ،م : 209/4)

20) واذا اختلف الصانع والمصنوع له في صفة الصنعة فالقول قول الصانع ، واذا اختلفا في دفع الاجرة ، فالمشهور ان القول قول الاجير مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان طال فالقول قول المستاجر (قوانين الاحكام : 205) .

وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان القول قول الصناع ان كان دفع اليهم وحاز منهم بغير بينة . وإن كان إنما دفع اليهم ببينة فلا يبرأون الا ببينة .

الاختلاف بين المكري والمكتري

485 ـ واذا تداعى المكرى والمكترى ، او الاجير والمستأجر ، فيما سكن المكتري من السنة ، وفيما عمل الاجير من المدة : فالقول قول المكتري والمستأجر اذا كانت السنة لم تتم ، وإن كانت السنة قد تمت باتفاقهما على اولها وآخرها . واختلفوا في مقدار ما كانت الدار مهدومة او ممنوعة ، وفي مقدار مرض الاجير ، فالقول قول المكري للدار ، والقول قول الاجير .

وقال ابن الماجشون في هذا الاصل : القول قول المكتري لان الدار في يديه ، فهو مؤتمن عليها .

وكذلك العبد يستأجره من ربه فيختلفان عند انقضاء الأجل في أيام مرضه وذهابه

قال : فإن كان العبد في سائر السنة عند المستأجر فعمل عملا لا يدريه ، فالقول قول المستأجر لأنه أمين عليه فيه

واما إن كان لم يبيته أبدا عنده وإنما كان يأتيه لعمله كل يوم ويباته ومأواه عند ربه فالقول قول ربه .

وأما الحر يستأجره الرجل ثم يختلفان عند انقضاء السنة بأيام في أيام العمل : فالقول قول الحر على كل حال ، كان مأواه عند المستأجر أو كان عند غيره .

[الاختلاف في المسافة والاختلاف في الثمن]

486 ـ وإذا اختلف المكري والمكتري في مسافة السفر، فإن كان ذلك قبل ركوب الدابة أو بعد ركوب قليل لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا .

وإن كان قد سار كثيرا من الطريق أو قد بلغ المكان الذي يذكره المكري : فالقول قول المكري في المسافة ، والقول قوله في الثمن إن كان قد انتقده وكان يشبه ما قال ،

وإن كان لم ينتقده وكان لا يشبه ما قال : فالقول قول المكتري في ثمن ذلك ، وبعض الثمن على ما سار ، وعلى ما نقص في المسافة التي يذكر المكتري : فيكون للمكري بقدر ذلك ، ولا يلزمه أن يسير بالمكتري على دابته الى موضع لم يعرفه .

[الاختلاف في قبض أجر الصناع والحمّالين]

487 ـ وإذا ادعى الصناع أو الحمالون بعدما دفعوا ما استُصْنِعوه واستُحْمِلوه الى أربابه : أنهم لم يقبضوا أجرهم على ذلك :

فإن كان قيلهم بحدثان دفعهم : فالقول قولهم ،

وإن تطاول ذلك : فالقول قول صاحب المتاع والمستأجر أنه دفع الأجرة .

[الاختلاف في قبض ديْن الرهن]

488 ـ وكذلك المرتهن إذا قام في قبض دينه بعد رد ذلك الرهن الى الراهن : فإن قام بحدثان دفعه فالقول قوله .

[الاختلاف فيما يكون في الدار المكتراة]

489 ـ وإذا اختلف المكري والمكتري فيما يكون في الدار، فيقول المكري هو لي ، ويقول المكتري : بل هو لي : فالقول قول المكري في كل شيء يكون ثابتا في الدار كثبوت البنيان ، وما كان فيها ملقى غير مثبت فالقول قول المكتري فيه .

[الاختلاف في زرع الأرض]

490 ـ /واذا أزرع رجل أرض رجل ، وادعى عليه أنه أكراها منه وأنكر رب الارض : [27 ـ ب]
فـان النول قوله ، ومن حنه ان يامره بقلع زرعه ان كان ذلك في ابان (21) الزراعة ،

فإن فات إبان الزراعة فعلى الزارع فيها الاكثر من كراء مثلها ، او مما اقر به الزارع انه اكتراها به .

[ادعاء رد المكتري]

491 ـ ومن اكترى دابة من رجل أو غير دابة ، ثم ادعى أنه رد ذلك الى ربه :

فان كان قبضه ببينة : فلا يبرئه الا البينة ،

وان كان قبضه بغير بينة : النول قوله بغير بينة ، لأنه كان في ذلك أمينا (22) ؛ فحكمه حكم المودع يدعي ر الوديعة : فالنول قوله إن كان قبضها بلا بينة ، وإن كان قبضها ببينة فليس النول قوله .

[الاختلاف في رد الرهن]

492 ـ وكذلك يجري هذا الكلام في المرتهن يدعي رد الرهن الى صاحبه :
فإذا كان الرهن مما لا يغاب عليه ، مما يكون فيه ضامنا : فالنول قوله في ردّه ، إن كان قبضه بغير بينة ، وإن كان قبضه ببينة : فلا يبرأ إلا ببينة .

ولو كان إنما الرهن مما يغاب عليه ، مما يكون له ضامنا في تفويت : فلا يكون قوله الا ببينة ، كان قبضه ببينة أو بغير بينة .

---

21) في الاصل : ابن .

22) هذا الحكم ينطبق على كل ما لا يغاب على صاحبه . اما ما يغاب عليه كالثوب والحلي فالقول لرب الشيء بيمينه (الشرح الصغير : 74/4)

[الاختلاف في الصداق]

493 ـ ومن أصولهم المعروفة : أنه إذا اختلف الزوجان في الصداق ؛ فانهما يتحالفان ويتفاسخان قبل البناء .

فإن ابتنى فالقول قول الزوج .
وكذلك إن كان اختلافهما قبل الدخول إن كان طلقها ، قال ابن القاسم .

[اليمين في دعوى النكاح]

494 ـ وإذا ادعى الرجل على امرأة النكاح : لم يجب عليه يمين في ذلك ، قال سحنون : إلا أن يكونا طارئين .

[الاختلاف في إصابة العنين زوجه بعد الأجل]

495 ـ وإذا قال الزوج بعد أن ضرب له أجل العنين : قد أصبتُ . وقالت هي : لم يُصب ؛ فالقول قول الزوج أنه أصاب .

[ادعاء المراة ان زوجها عنين]

496 ـ واذا ادعت المرأة على زوجها : أنه عنين وأنكر ذلك الزوج ؛ ففي ذلك اختلاف من أهل المدينة .

ذكر عبد الملك بن حبيب : أن هذه المسألة نزلت بالمدينة وعاملها الحسن بن زيد بن علي إبن ابي طالب فأحضرَ ابن أبي ذئب وابن أبي بسرة ومحمد بن عمران الطلحي ومالكا وعبد العزيز فبدأ بالقرشيين وسألهم .

فقال ابن ابي ذئب : يدخل وإياها في بيت ، ويجلس رجلان ، فان اخرج اليهما شيئا فيه نطفة ؛ كان القول قوله .

وقال ابن أبي بسرة : أرى ان يجعل في ذكره الزعفران ثم يخلى وإياها ، فاذا فرغ فيما يزعم أدخل اليها امرأتان ، فنظرتا الى المكان الذي لا يصل اليه الزعفران الا من وطئه ، فان وجدتا اثر ذلك : كان القول قوله ، وان لم يجدا اثر ذلك فالقول قول المرأة .

وقال محمد بن عمران الطلحي،يدخلان الرجل والمرأة في بيت ، فاذا خرج الرجل أدخل الى المرأة امرأتان ، فان اغتسلت لوقت الصلاة صدق الزوج ، وان لم تغتسل صدقت المرأة ولا تتهم في ذلك .

قال : ثم أقبل بوجهه نحو مالك وعبد العزيز فقالا له : القول قول الزوج . فقضى بقولهما .

[الاختلاف في متاع البيت]

497 ـ واذا تداعى الزوجان في متاع البيت ، فكل ما يشبه أن يكون للرجال فهو للرجل الا ان تقيم المراة عليه البينة .

وكل ما أشبه أن يكون للنساء ، فهو للمرأة الا أن يقيم الرجل عليه البينة (23) .

[الاختلاف في المسيس]

498 ـ واذا ادعت المرأة على زوجها بأنه مسها بعد عقد نكاحه لزوج ذلك ، فالقول قول الزوج ، الا ان يخلو بها ويغلق بابا او يرخي سترا ، فإن كان ذلك : كان القول قول المرأة ، كان ذلك في بيت أهل الزوج أو في بيت أهل المراة ، وذلك اذا كانت خلوة الابتناء .

---

23) قال ابن عاصم :

وان متاع البيت فيه اختلفا ولـم تقـم بينـة فتقتفى
فالقول قول الزوج مع يمين فيما بـه يليـق كالسكين
وما يليـق بالنسـاء كالحلي فهـو لزوجـة اذا مـا تاتلي

واذا كان الشيء المختلف فيه لائقا بهما ، فانه يكون بينهما على قول المغيرة ، ويكون للزوج بعد يمينه على قول مالك وابن القاسم . واذا كان الزوج معروفا بالفقر ، فيكون القول قولها (احكام الاحكام : 96) .

[28 ـ أ] وإن كانت انما هي/خلوة الاختلاب : فالقول قول الزوج ان كان في بيت اهل المراة ، والقول قول المراة ان كان في بيته (24) .

قال محمد : حكى أبو العباس بن أبي طالب القاضي عن يونس بن عبد الاعلى عن عبد الله بن وهب أنه قال : رجع مالك عن هذا القول ، وقال : القول قول المراة حيثما أخذهم الستر وكانت الخلوة (25) .

[الاختلاف في الطلاق وفي العتق]

499 ـ واذا ادعت المراة على زوجها الطلاق ، وادعى العبد على سيده العتق : فلا يمين لهما على الزوج ولا السيد ، الا أن تقيم المرأة او العبد شاهدا واحدا على ذلك : فتجب اليمين على الزوج والسيد (26) .

وان نكل : قال مالك يحبس حتى يحلف .

وقد كان يقول : يطلق على الزوج ، ويعتق على السيد . وبذلك يقول اشهب ،

ثم رجع مالك عن ذلك الى ما حكيت .

[ادعاء رجل على آخر أنه عبده]

500 ـ واذا ادعى رجل على رجل انه عبده ، فلا يمين له عليه ، فان اقام المدعي شاهدا واحدا استحق بشهادته وبيمينه رقبته .

---

24) القول بالتفصيل المبين اعلاه هو لابن القاسم (قوانين الاحكام : 149) وانظر (مواهب الجليل للسيناوني : 42/1) .

25) القول قولها على هذا الراي ولو لم يقع البناء وهل يقبل قولها بيمين او بلا يمين ، خلاف في المذهب (قوانين الأحكام : 226 ؛ مواهب الجليل للسيناوي ، 42/1) .

26) ان لم تات المراة بشاهد ، فلا شيء على الزوج ، وعليها منع نفسها ، وان حلف وادعت انه حنث فالقول قوله ، وكذا اذا حلف بالعتق وادعى العبد انه حانث (قوانين الاحكام : 170)

قال مالك : « اذا ادعت امراة الطلاق ، ولم تجد شاهدا ، فلا ياتيها الا مكرهة » .

والحق ابن القاسم بذلك الامة التي تدعي العتق ، وقال : « اذا قدرت الحرة ان تفتدي بكل مالها فلتفعل » (النوادر والزيادات : 53/4 أ . مخطوط دار الكتب بتونس 5730) .

قال محمد بن سحنون : وقال بعض الرواة : وذلك اذا كان الرجل معروفا بالرق و اما إن كان ظاهر الحرية فلا يسترق بشاهد ويمين ، ولا يسترق الا بشاهدين عدلين .

[الاختلاف في العتق بمال]

501 ـ وإذا تداعى العبد المعتق وسيده المعتِق ، فقال السيد : أعتقتك على مال جعلته عليك . وقال العبد : لم تجعل عليّ مالا .

قال ابن القاسم : القول قول العبد (27) .

وقال غيره من الرواة : القول قول السيد ، لأن من حق السيد أن يعتقه على مال جعله عليه .

[الاختلاف فيما وقعت عليه الكتابة]

502 ـ وإذا تداعى السيد والمكاتب فيما كاتب عليه ،

قال ابن القاسم : القول قول السيد .

وقال غيره من الرواة : القول قول المكاتب لأن الكتابة سبب العتق ، فكأنه قد فات .

[الاختلاف في حلول نجم الكتابة]

503 ـ واذا تداعيا في حلول النجم ، فقال السيد : قد حل ، وقال المكاتب : لم يحل ، فالقول قول المكاتب (28) .

[الاختلاف في الحلف بالطلاق والعتاق]

504 ـ واذا حلف بطلاق امرأته وبحرية عبده : ليفعلن فعلا الى أجل ، فمضى الاجل وقام العبد والمرأة ، فقال الزوج : قد فعلت الفعل الذي حلفت عليه ، وقالت المرأة ولعبد : لم تفعل ، فالقول قول السيد والزوج .

---

27) انظر (قوانين الاحكام : 278)

28) قال خليل : « والقول للسيد في نفي الكتابة والاداء لا القدر والاجل والجنس فكالبيع » أي يكون القول قول العبد إن اشبه ولو اشبه قول السيد (الشرح الصغير : 555/4)

هكذا قال سحنون بن سعيد .

وهكذا رأيت عبد الملك بن حبيب يقول في كتابه .

[الاختلاف بين الراهن والمرتهن]

505 ــ واذا تداعى الراهن والمرتهن في الدين الذي وضع به الرهن : فالقول قول المرتهن الى مبلغ قيمة الرهن (29) .

وبيان هذا الأصل : أن يدعي المرتهن أن الرهن في ثلاثة دنانير ، وادعى الراهن انه في دينار واحد ،

فان كان الرهن يساوي ثلاثة دنانير : فالقول قول المرتهن مع يمينه ، ولا يمين على الراهن وقال له : إن أحببت الرهن فافتكه بثلاثة دنانير ، فان لم يفعل بيع الرهن ،

وان كانت القيمة دينارا واحدا : فالقول قول الراهن مع يمينه ، ولا يمين على المرتهن .

وإن كانت قيمة الرهن دينارين : فالقول قول الراهن مع يمينه ، وعلى الراهن اليمين في الدينار الثالث (30) .

وانما ينظر الى قيمة الرهن يوم التحاكم لا يوم التراهن (31) .

---

29) هذا قول مالك ، وعمدته في ذلك اوضحها ابن رشد بقوله : « ان المرتهن وان كان مدعيا فله ها هنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهدا له » .

ومن اصول المذهب ان يحلف اقوى المتداعيين شبهة (بداية المجتهد : 230/2) انظر (قوانين الاحكام : 239) .

30) أخذ المرتهن الرهن وثيقة بحقه ولا يتوثق حقه الا بمقدار دينه فاكثر (حاشية الصاوي على الشرح الصغير : 341/3)

والرهن بالنظر لقيمته كالشاهد للراهن او للمرتهن اذا اختلفا في قدر الدين فمن شهد له حلف معه ، وكان القول له لا العكس ، اي ليس الدين كالشاهد في قدر الرهن بل القول للمرتهن .. وتنتهي شهادة الراهن الى قيمة الرهن فلا يشهد بالزائد عليها (الشرح الصغير : 342/3)

31) ينظر في قيمة الرهن يوم الحكم ، لا يوم الرهن ولا يوم قبضه اذا كان باقيا لم يتلف ، فان تلف فيكون المعتبر في القيمة يوم الارتهان على الارجح وقيل يوم قبض المرتهن وقيل يوم التلف (ن ، م) .

[الاختلاف في حلول أجل الدين]

506 ـ وإذا تداعى الراهن والمرتهن في حلول اجل الدين : فالقول قول الراهن ،

وقال أشهب : القول قول المرتهن (32) .

[الاختلاف في تعيين دين الرهن]

507 ـ وإذا كان له عليه مائتان : مائة بها رهن ، ومائة لا رهن بها ، فقضاه مائة ثم اختلفا ، فقال المرتهن : هي المائة التي لا رهن بها ، وقال الراهن : هي المائة التي بها الرهن ، جعلت المائة بين الدّينين جميعا .

قال أشهب : وإذا [تقاضيا] (33) كان القضاء منهما : فإن ادعيا أنهما تباينا : فالقول قول المرتهن .

[ادعاء الرجل ان ما تلفت بيده وديعة]

508 ـ وإذا كان على يدي رجل ثوبان فضاع احدهما ، فقال رب الثوب : كان التالف في يديك رهنا ، وهذا/الباقي وديعة . وقال الذي ضاع في يديه : الثوب التالف كان وديعة ، [28 ـ ب] والباقي هو الرهن .

قال ابن القاسم : كل واحد منهما مدع على صاحبه ، وصاحب الثياب يدعي على الذي ضاع في يديه تضمين الضائع ، فلا يقبل قوله . والضائع في يديه الثوب يدعي ان الباقي هو رهن ، فلا يقبل قوله .

---

32) يعتبر عند الاختلاف في اجل الرهن قول الراهن لان المرتهن قد اقر ان الحق انما كان لأجل ، وهذا الحكم فيما لو كان الراهن اتى بأمر لا يستنكر بان ادعى اجلا يشبه ان يكون القول قوله ، اما اذا ادعى أجلا بعيدا يستنكر فلا يصدق في دعواه .
ومعنى الاجل القريب الذي لا يستنكر أن تباع سلعة بذلك الثمن في ذلك الاجل .
ومعنى الاجل البعيد المستنكر كأن يبيع سلعة لا تباع بذلك الثمن في ذلك الاجل (المدونة 158/4) .

33) الكلمة مطموسة بالأصل .واعتمدنا فيما أثبتناه على قول أشهب الوارد في (أسهل المدارك : 370/2) .

[الاختلاف بين عامل القراض ورب المال في نسبة الربح]

509 ـ واذا تداعى العامل في القراض ورب المال ، فقال رب المال : انما تعاملنا على أن يكون لك الثلث ولى الثلثان ، وقال العامل على أن يكون لكالثلث ولي الثلثان ، فقال : القول قول العامل من أجل **كون المال** في يديه (34) .

[اختلاف رب الثوب والصباغ]

510 ـ واذا اختلف رب الثوب والصباغ ، فقال : أمرتك ان تصبغ ثوبي لون كذا ، وقد تعديت ، اذ صبغته على غير ذلك اللون ، وقال الصباغ : لم أتعد : فالقول قول الصباغ .

[الاختلاف في مال القراض]

511 ـ واذا قال رب المال للعامل : هذا المال الذي في يديك هو مال القراض ، وقال العامل : بل هو ربحي : فالقول قول رب المال ما دام في يد العامل من ذلك المال شيء (35)

[تداعي الشفيع والمشتري في القسمة]

512 ـ واذا تداعى الشفيع والمشتري : فقال المشتري اشتريتُ مقسوما ، وقال الشفيع : مشاعا : فالقول قول الشفيع ، لان المشتري قد اقر بالاشاعة ، ويدعي القسم فعليه البينة .

---

34) يكون قول العامل عند التنازع في جزء الربح بيمنه ، والحال ان المال بيده او الجزء المتنازع فيه ، او كان وديعة عند اجنبي .

(الشرح الصغير : 708/3) .

قال ابن عاصم :

والقول قول عامل ان يختلف   في جز القراض او حال التلف .

(احكام الاحكام : 246،245)وانظر (التاج والاكليل : 370/5)

35) على العامل الذي يدعي ان المال الذي بيده ربحه البينة على ذلك (المدونة : 68/4) انظر (مواهب الجليل : 371/5)

[تداعي الورثة والموهوب له]

513 ـ واذا تداعى الورثة والموهوب له ، او المتصدق عليه ، فقال الورثة : انما قبضتَ ذلك في مرض صاحبنا او بعد موته ، وقال الموهوب له : بل قبضت ذلك في حياة الميت ، وفي حال الصحة : فالقول قول الورثة ، وعلى المتصدق عليه ، او الموهوب له ان يثبت تصحيح قبض الهبة او الصدقة . هكذا ذكر ابن الماجشون .

وقال أصبغ : القول قول من هو في يديه ، وعلى الذي يريد إبطاله البينة .

[اختلاف المرتهن والغرماء في وقت قبض الرهن]

514 ـ وكذلك اختلفوا في الرجل يقبض الرهن ، ويدعي : انه قبضه في وقت يجوز له قبضه ، ويدعي الغرماء انه قبضه في وقت لا يجوز له قبضه : القول في ذلك كالقول فيما تقدم .

[اختلاف الفادي والمفدَى]

515 ـ وان أفدَوْا الرجلَ من أرض الحرب مسلما حرا ثم اختلف الفادي والمفدّى فيما فداه به : فالقول قول المفدّى ، كان ما أقر به قليلا او كثيرا ، لانه لو انكر الفداء البتة ، لم يلزمه شيء .

[اختلاف الزوجين في النفقة]

516 ـ واذا ادعت المراة على زوجها عند قدومه من سفره انها انفقت على نفسها ، وادعى الزوج انه كان يرسل النفقة اليها : فالقول قوله ، الا ان تكون المراة قد استعدت السلطان في غيبته فيكلف الزوج البينة (37)

36) استعدى عليه السلطان أي استعان به فأنصفه (اللسان : عدا) .

37) يكون القول قول الزوج ايضا مع يمينه اذا ادعت انها انفقت على نفسها في غيابه وادعى هو انه ترك لها النفقة ما لم تكن رفعت امرها للحاكم فتقوى بذلك دعواها ويرجع القول قولها مع يمينها ايضا . ومن كان القول قوله من الزوجين مع يمينه فله أن يرد اليمين على الاخر (ميارة على تحفة الحكام : 253/1) .

[اختلاف السيد وأمته في الولد]

517 ـ واذا اعتق الرجل أمته ، ثم تداعيا في ولد في يديها ، فقالت : ولدته بعد العتق . وقال السيد : بل ولدته قبل العتق : فالقول قولها ان كان الولد في يديها ، وان كان الولد في يد السيد ؛ القول قوله .

[تداعي الوصي والموصى عليهم بعد بلوغهم]

518 ـ واذا تداعى الوصي والاطفال بعد بلوغهم فقال الوصي : انفقت عليكم كذا وكذا وقال الاطفال : لم تنفق علينا شيئا . فالقول قول الوصي ان كان المتوليّ لحضانتهم (38) ، وان كان غيره يتولى منهم ذلك : فلا يصدق ، الا ان يصدقه من كان يتولى حضانتهم ويقر أنه كان يقبض منه النفقة (39)

[التداعي في الجراح]

519 ـ واذا ادعى رجل على رجل أنه جرحه هذه الموضحة التي في رأسه ، وأنكر الآخر . فان ثبت انه كان بينهما مضاربة ومقاتلة ثم خرج منها مجروحا : فالقول قول المدعي لما ثبت من المقاتلة بينهما .

[التداعي في الوطء]

520 ـ وكذلك الرجل يثبت عليه أنه احتمل امرأة وأدخلها بيته ، ثم تخرج المرأة فتدعي أنه وطئها ؛ فالقول قولها ، ويجب عليه الصداق ، إلا أنه لا يجب عليه الحد (40) .

---

38) انظر (الفواكه الدواني : 251/2)

39) اذا تنازع الوصي مع المحجور عليه في اصل الانفاق او في قدره او فيهما : فالقول قوله بشروط ثلاثة : كون المحجور في حضانته ، وان يشبه فيما يدعيه ، ويحلف ، وان اختلت الشروط او كان المحجور عليه في حضانة غيره فلابد من البينة (حاشية الصاوي والشرح الصغير : 611/4) .

40) من الشروط التي يجب ان تتوفر ليقع تنفيذ عقوبة الزنا : الطوع فلا يحد المكره على احد قولين . واختار اللخمي نفي الحد مع قوله بإثم المكره ، اما سحنون ومطرف فقالا بحد المكره (تبصرة ابن فرحون : 257/2)

[تنازع الاولاد في دين ابيهم الميت]

521 ـ واذا مات رجل وترك ولدين،فقال أحدهما : مات أبي نصرانيا وأنا على دينه وميراثه لي ،/وقال الآخر : مات ابي مسلما ، وأنا على دينه ، وميراثه لي . [29 ـ أ]

قال ابن القاسم : الميراث بين الابنين نصفين ، فان أقام كل واحد منهما البينة على دعواه وتكافأت سقطت ، وقسم الميراث بينهما (41) .

وقال غيره من الرواة : بينة الاسلام أحق .

قال محمد : بيان الجواب : أن ينظر فان كان الاب معروفا بالنصرانية ، فالقول قول الابن الذي يدعي النصرانية ، والآخر مدع في الاسلام ، فان أقام بينة بالاسلام قضي بشهادتها ولم تعمل البينة في الشهادة على النصرانية لأن بينة الاسلام قد وافقتها على أن الاب كان نصرانيا ، ثم زادت العلم بانه ترك النصرانية وأسلم .

قال ابن القاسم : فإن أقام المسلم البينة أن أباه صلى عليه المسلمون ، وانه دفن بين قبورهم لم يكن في ذلك حجة على النصراني .

قال محمد : وانما مخرج هذا الكلام على أن النصراني كان غائبا ، واما ان كان حاضرا ، فلا حجة أبلغ من رضاه بصلاة المسلمين على ابيه وبدفنهم اياه بين قبورهم .

وان كان الاب معروفا بالاسلام ، فحكم الابن المدعي النصرانية حكم المرتد ،

وان كان الاب طارئا ، فالجواب على ما تقدم من كلام ابن القاسم في صدر المسألة .

[تداعي الورثة وزوجة الميت]

522 ـ واذا تداعى ورثة الميت وزوجته ، فقال الورثة للزوجة : كنت أمة اذ مات ، وانما

---

41) يرى ابن القاسم في مسالة التداعي في الميراث ان كل مال لا يعرف لمن هو ، يدعيه رجلان ، يقسم بينهما ، كما يرى ان صلاة الناس على الميت الذي ادعى ابنه انه نصراني ليست بشهادة (المدونة : 85/3)

عتقت بعد موته ، وقالت الأمة : بل انما عتقت قبل موته ، والميراث لي معكم واجب : فالقول قول الورثة ، لان الاصل في الامة الرق وسقوط الميراث ، فعليها ان تبين الوجه الذي يجب لها به الميراث .

ولو كان اختلاف الورثة مع امرأة حرة الاصل فقالوا : طلقك في صحته ثلاثا ، وقالت : بل انما طلقني واحدة ومات قبل ان تنقضي عدتي : فالقول قول المراة ، لان اصل الحكم فيها وجوب الميراث . وليس يؤخذ باكثر من اقرارها بما أقرت من طلاق واحدة . وعلى من يريد إخراجها من الميراث البينة .

[الاختلاف في بيع الأمة وتزويجها]

523 ـ قال محمد : ومن مسائلهم المشهورة المدونة في كتبهم : الرجل تكون له الأمة ، فيقول : بعتها من فلان وأولدها ، ويقول الاخر : لم تبعها مني ، وانما زوجتها منـي : فالحكم في ذلك ان الجارية موقوفة الاحكام لا يتسلط عليها ملك حتى يموت الذي زعم انها له زوجة ، فتكون بموته حرة ، وذلك لما عقد على نفسه مالكها من الاقرار أنها أم ولد للذي هي في يديه تعتق بموته .

وحكم الوُلد أنهم أحرار لاقرار مالك أمهم أنهم أحرار : لم يجز له في رقابهم ملك قط . واختلف فيما ينبغي ويحل من وطء هذه الأمة في مدة وقفها .

فقال ابن القاسم : يتمادى الذي له الامة في يديه على وطئها لانهما متفقان في اباحة الوطء وجوازه .

وقال سحنون : توقف عن الوطء لما فيه من الاختلاف في الحكم .

[ميراث الجارية]

524 ـ وان ماتت الجارية قبل موت الذي هي في يديه ، وتركت مالا : استوفى منه السيد المقر بالبيع والمدعي مبلغ ما ادعاه من ذلك والباقي للذي كانت في يديه ،ان شاء اخذه ، وان شاء وقف له .

وان كان موت الجارية بعد موت الذي كانت في يديه : فلا شيء للاول من تركتها ، لانه يقر أن ميراثها ليس له ، ولا انه من مال الذي كانت في يديه ، وانما هو مال قوم آخرين .

[التداعي في الشيء الواحد]

525 ـ ومن الأصول في باب التداعي ، تداعي الرجلين في الشيء الواحد ، يقول كل واحد منهما : هو لي بجميعه دون صاحبه .

فانظر : فإن كان ذلك الشيء المدعى في أيديهما جميعا : حلف كل واحد منهما لصاحبه فيما يدعيه عليه من نصيبه الجائز له/دونه . [29 ـ ب]

فإن حلفا : كان ذلك الشيء بحسبه بينهما نصفين (42) .

وان نكلا جميعا ، فكذلك ايضا .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر : فهو للحالف لجميعه .

وان كان ذلك الشيء في يد رجل آخر غيرهما :

فان كان ذلك الرجل الحائز يدعيه لنفسه : فهو له دونهما ، ويحلف لهما ،

وإن كان لا يدعيه لنفسه : فهو لمن أقر له به منهما ،

وإن كان لا يدعيه لنفسه (43) ولا يقر به لأحد منهما وكان في يديه على وجه اللقطة وما اشبهها : اجتهد السلطان في ذلك نظره ، فان راى ان يوقفه وقفه ، وإن راى أن يقسمه بينهما بعد أيمانهما قسمه .

---

42) في قسمة الشيء المدعى فيه الذي يكون بايدي المدعيين جميعا ، تفصيل وأقوال انظر ذلك في (تبصرة ابن فرحون : 308/1)

43) قال ابراهيم بن فرحون : اذا تداعى الرجلان شيئا في يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم به لاحدهما الا ببينة ، فان اقام كل منهما بينة نظر الى اعدلها فحكم بها ،
فان تساويا في العدالة عرضت اليمين عليهما . فان نكل أحدهما حكم بالمدعى فيه للحالف فان حلفا معا قسم بينهما ، وان نكلا تركا على ما كانا عليه (ن ، م : 308/1) وانظر (الفواكه الدواني : 248/2 ، 249)

[ادعاء رجلين على بعضهما بالعبودية]

526 ـ واذا تشبث الرجل برجل ، وزعم كل واحد منهما انه عبده :

فان كان العبد لا يتكلم شيئا ، ولا يعرب عن نفسه: سُئِلا البينة على دعواهما ، فإن أقام أحدهما البينة وعجز الآخر عن ذلك : فهو للذي اقام البينة ؛

فان أقاما جميعا البينة ، قضي به لأعلى البينتين ، فان تكافأتا سنطتا وكانا كمن لا بينة له : فهو بينهما نصفان لاحتيازهما اياه بعد يمين كل واحد منهما لصاحبه ،
وان كان العبد يعرب عن نفسه ويتكلم : لم يسأل عن شيء حتى يسألا في دعواهما البينة .

فإن أقام احدهما البينة : فهو له ،
وإن أقاما جميعا بينة ، قضي بالأعدل .
وان تكافأت سنطت ، وكانت كمن لا بينة له ، ويسال حينئذ العبد عن نفسه : وكان القول قوله لأن من حقه منع نفسه منهما ، ولو قال : أنا حر : كان القول قوله .

[ادعاء المراة ان اللقيط ولدها]

527 ـ واختلف ابن القاسم واشهب في المرأة تدعي الولد اللقيط أنه ولدها ،

فقال ابن القاسم : لا تصدق .

وقال أشهب : تصدق .

باب التحالف (*)

[رد اليمين]

528 ـ قال محمد : الأصل في كل من وجب عليه اليمين ، أو وجبت له في الأموال والجراح خاصة ، فنكل عنها (1) : انه لا يكون حكمه بذلك النكول حكم المنر ، ولابد من رد اليمين على صاحبه ، طلب ذلك خصمه او لم يطلبه ،

فإن نكل المردود عليه اليمين بطل حقه ان كان طالبا ، وغرم ان كان مطلوبا (2) .

وقال ابن ابي حازم : ليس كل الناس يعرف رد اليمين .

[الحلف على البت والحلف على العلم]

529 ـ وكل حالف أو محلف فيا جرى فعله على يدي غيره :

ـ فالحالف على الأخذ لنفسه ، يحلف على البتات ،

---

*) التحالف في الأصل : الإقسام باليمين ويكون بمعنى ردّ اليمين ممن وجبت عليه إذا نكل على خصمه (اللسان : حلف) وهنا : مطالبة الخصمين باليمين ، وذلك في حالات كثيرة يأتي تفصيلها أثناء هذا الباب .

1) النكول عن اليمين يكون بقول من توجهت عليه مثلا : لا أحلف ، أو انا ناكل عن اليمين ، أوقوله للمدعي : أحلف أنت .

2) قال ابن الحاجب : « النكول يجري فيا يجري فيه الشاهد واليمين ولا يثبت الحق بمجرده بل بيمين المدعي ، ويتم بقوله : لا احلف وشبهه .. ويتادى على الامتناع وينبغي للحاكم بيان حكم النكول . » (ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب : 130 أ ـ 130 ب) .

ـ والحالف على الدفع عن نفسه ـ كالورثة : فيما جرى على يدي صاحبهم ،والموكل فيما جرى على يدي وكيله ، ورب القراض : فيما جرى على يدي مقارضه ، وما اشبههم ـ على العلم (3) .

وكل محلف فانما عليه اليمين على لفظ المدعي لا على ما يريد أن يحمله من المعنى .

قال احمد ابن زياد : قلت لمحمد بن ابراهيم بن عبدوس : إذا أسلف الرجلُ الرجلَ مالا فقضاه إياه بعد ذلك بغير بينة وجحد القابض وأراد أن يحلفه أنه ما أسلفه .وقال المسلف : بل أحلف ما له عندي شيء ، فقال : لابد ان يحلف : ما أسلفه شيئا .

قال : فقلت : قد اضطررتموه الى يمين كاذبة ، أو الى غرم ما لا يجب عليه .

فقال لي : يحلف ما أسفله ، فان علم في باطن أمره أنه قد قضاه ، عَنَى في ضميره سلفا : يجب عليَّ رده اليك في هذا الوقت ، ويرىء من الاثم في ذلك .

[إنما يكون الحلف بالله]

530 ـ وكل يمين تجب على رجل ، فانما الحلف في ذلك ، بالله لا يكلف بزيادة (4) .

واذا وجبت على الذمي يمين حلف : بالله ، حيث يعظِّم من كنيسته (5) .

---

3) ان اليمين التي يحلفها الحالف تارة ينسب بها لنفسه امرا او يدفع بها عن نفسه امرا وتارة ينسب بها الى غيره شيئا على وجه الاثبات او النفي .

وذكر ابن حارث أعلاه : أن الحالف على الاخذ لنفسه انما يحلف على القطع والبت ، والحالف على الدفع عن نفسه انما يحلف على مجرد العلم ذاكرا لذلك أمثلة مما لا يتأتى القطع فيه .

اما ما يتعلق بالحالف الذي ينسب الى غيره فأوضحه أبو اليمن بن فرحون ذاكرا : « ان ما نسب الى غيره من الاثبات فاليمين فيه على البت وان ما نسب الى غيره من النفي يكون الحلف فيه على نفي العلم كنفي العلم باسلام ميت او ببيعه داره ونحو ذلك مما يتعذر فيه القطع » (المسائل الملقوطة : 62 أ)

4) صفة اليمين في الحقوق كلها : « بالله الذي لا اله الا هو ، لا يزاد على ذلك » وروى ابن كنانة انه يزاد في اللعان والقسامة « عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم »

وجاء في مختصر الواضحة انه لا يؤمر بهذه الزيادة في الحقوق والدماء واللعان (تبصرة ابن فرحون : 184/1) .

5) يحلف غير المسلمين حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عباداتهم . ويرسل القاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله (ن ، م : 184/1)

وكل يمين وجبت/في ربع دينار فأكثر، فاليمين فيها عند منطع الحق ، ولو كان الحق اقل [30 ـ أ] من ربع دينار، وتجب اليمين في منطع الحق ، وإنما تجب في مجلس الحكم .

[تحالف المختلفين في البيع]

531 ـ وحكم المتحالفَيْـن على ما يدعيه كل واحد منهما، اذا اختلفا في البيع أن يبدأ البائع فيحلف : ما باع سلعته الا بكذا وكذا .

فإذا حلف قيل للمشتري : إن أحببت فخذ بما قال البائع ، وان شئت فاحلف على ما ادعى عليك .

فان حلف فسخ السلطان بينهما البيع ، ولا يتم ذلك الفسخ بينهما حتى يفسخه السلطان .

وكل واحد منهما بالخيار فيما قال صاحبه ، حتى ينفسخ البيع .

وأعرف لبعض الرواة : أنه بالتحالف يكون الانفساخ كاللعان .

[مكان الحلف في القسامة]

532 ـ وسنة الحلف في القسامة أن يكون في المساجد ، وعلى رؤوس الناس ، وفي دبر الصلوات (6)

[مكان الحلف في اللعان]

533 ـ وسنة الحلف في اللعان : أن يكون عند الامام ، وعلى رؤوس الناس ، ولم ينقل ذلك في دبر الصلوات (7) .

---

6) يقتصر في القسامة على اليمين بالله الذي لا اله الا هو .

وقال المغيرة : يزيد الرحمن الرحيم ، ويكون حلف المقسمين في الجامع قياما دبر الصلاة بمحضر الناس ويؤتى الى المساجد الثلاثة من مسيرة عشرة ايام والى مساجد سائر الامصار من مسيرة عشرة اميال (تبصرة ابن فرحون : 319/1)

7) يكون اللعان في أشرف امكنة البلد : في المدينة عند المنبر . وفي مكة عند الركن . وفي غيرهما عند المحراب في الجامع الاعظم ، ويكون بحضور جماعة أقلها اربعة .

وهناك خلاف في وجوب وقوعه اثر صلاة . والمختار ان يكون بعد صلاة العصر (ن م : 322/1)

[يحلف الحالف إما قائما وإما قاعدا]

534 ـ والأيمان التي تكون في المساجد يكون الحالفون بها قياما ، وفي غير المساجد يكونون قعودا .

هكذا حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون (8) ومطرف .

وحكى محمد بن ابراهيم بن عبدوس في كتابه عن أشهب : أن القيام في الأيمان انما هو في اللعان والقسامة (9) .

وأما في الحقوق فيكون الحالفون قعودا .

[يمين القضاء]

535 ـ وكل من استحق شيئا من يد انسان اشتراه في سوق المسلمين : فلابد أن يحلف انه ما باع ولا وهب .

وكذلك كل من قضي له على غائب ، او ميت ، أو طفل : يحلف انه لم يقبض ولم يضع ولم يحل .

وهذه اليمين تسمى بيمين القضاء (10) .

---

8) نقل ابن فرحون في تبصرته هذه الرواية واضاف من البيان والتحصيل رواية اخرى عن مالك في العتبية انه يحلف قائما (ن ، م : 185/1)

9) نقل ابن فرحون هذه الرواية ايضا ، كما نقل قولا بانه يحلف قائما دبر الصلاة ، وقولا آخر لابن كنانة انه ليس عليه ان يحلف قائما (ن ، م)

10) يمين القضاء تسمى ايضا يمين الاستبراء .

وهي تجب اذا ثبت الحق على مدعى عليه وهو غائب اوميت او سفيه ويحلفها الذي ثبت حقه بوسائل اثبات اخرى مؤكدا بها انه ما قبض مما ثبت له شيئا .

وفائدتها ان يرد الحالف على ما يمكن ان يدعيه الغائب او الميت من دفع الحق او جزء منه لصاحبه .

ونقل عن الباجي ان اصحاب مالك يقولون : انه لا يتم لمستحق غير الرباع والعقار حكم الا بعد اداء هذه اليمين .

ورأى بعض المشائخ لزومها حتى في العقار والرباع . =

[الدعوى في الحقوق لا تكون إلا بالخلطة]

536 ـ واصل التحليف في الدعوى في الحقوق : أنها لا تجب على المدعى عليه الا بخلطة (11) .

والخلطة : أن يشهد شاهدان (12) : إنا نعرف بينهما معاملة في حق لم ينقض بعدُ فيما علمناه .

[اليمين في الدعوى الموجبة للقصاص]

537 ـ وكل من ادعى شيئا من أسباب القصاص : لم تجب له اليمين .
الا ان يقيم على ذلك شاهدا ، فتجب اليمين .

وان ادعى القاتل الذي وجب عليه القصاص على ولي المقتول انه عفا عنه ، وجبت اليمين على ولي المقتول ،

فان حلف . قتل ، وان نكل ، حلف القاتل وبرىء من القتل .

[النكول عن القسامة]

538 ـ واذا وجب لرجل دمُ عمدٍ بقسامة ، فنكل عن القسامة ، ردت الأيمان على المدعى عليه الدم . فحلف خمسين يمينا وبرىء من الدم .

وقال عبد الملك بن الماجشون : وللمدعي بالدم أن يستعين بالأيمان .

انظر حكم يمين القضاء والحالات التي تجب فيها في (تبصرة ابن فرحون : 273/1 وما بعدها ؛ مواهب الجليل : 215/6 ؛ العقد المنظم : 218)

11) يقع اثبات الخلطة اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يكن لهذا الاخير بينة على اصل حقه ولا اقر المدعى عليه بخلطة المدعي (تبصرة ابن فرحون :199/1)

12) يشترط في الشاهدين هنا العدالة والحرية وان لا يكون للمدعى عليه فيهما مدفع (ن ، م : 199/1)

[الحلف على ما في العلم]

539 ـ وكل من دفع مالا فادُعيَ عليه فيها بزيوف ، وأنكر الدافع ذلك : فعليه اليمين ما أعطى الا جيادا في علمه .

فإن قال : اني لا أعرف الجيد من الردي . قال بعض الرواة : يحلف انه ما أعطاه رديئا في علمه (13) .

وأما في النقص ، يحلف على البتات لا على العلم .

[خروج المرأة للحلف]

540 ـ وما وجب من الأيمان على النساء ، فما كان من الحق الذي له بال (14) ، خرج فيه النساء الى مقطع الحق نهارا إن كانت المراة من أهل الخروج ، أو ليلا ان لم تكن من أهل الخروج

وما لا بال له تحلف المراة عليه في بيتها (15) .

ويجزي الحكم من الارسال اليها في ذلك شاهد واحد ، إذا كان عدلا (16) .

وامهات الاولاد والمكاتبات والمدبرات مقام الحرائر في ذلك .

---

13) قال ابن القاسم : « لا يحلف الدافع الا على علمه كان صيرفيا عارفا بالنقد ام لا ، في الغش والنقص »

14) ما له بال من المال وتخرج المراة لتحلف من أجله فسره اللخمي بالدينار فاكثر ، لكن قال خليل في التوضيح : ظاهر كلام ابن الحاجب انها تخرج في ربع دينار ، وهو المشهور عند المازري ، وهو قول ابن الماجشون ومطرف . قال ابن عاصم :

وما له بال ففيه تخرج ليلا غير من تبرج)

(حلي المعاصم 142/1)

15) جاء في التهذيب ان المراة تخرج فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد . فان كانت ممن لا تخرج نهارا فلتخرج ليلا ، وتحلف في اليسير ببيتها

وكذلك تحلف ببيتها التي لا تخرج مشتهرة وتكون هي المطلوبة . وهذا ما جزم به الزرقاني وهو راجح قولين حكاهما عياض .

واما التي تخرج مشتهرة فانها تخرج لليمين التي تغلظ نهارا (ن ، م : 142/1 ، 143)

16) قال القاضي عبد الوهاب : اذا كانت المراة من اهل الشرف والقدر جاز ان يبعث الحاكم اليها من يحلفها صيانة لها ، ولا مقال للخصم في ذلك لان الذي احلفها ليس له ابتذالها (ن ، م : 143/1) .

باب الاقرار (*)

[تفسير المقر لاقراره]

541 ـ قال محمد : الأصل في هذا الباب : ان كل مقر اقرّ إقرارا مجملا ، فالقول قوله في تفسيره (1) .

[الرجوع عن الاقرار]

542 ـ وكل من ادعى في اقراره وجها يحتمله اقراره/صُدِّق . [30 ـ ب]

وكل مقر فلا رجوع له عن اقراره : الا ان يرد إقراره المقر له فيجب له الرجوع عند رد المقر له اقراره (3) .

فان عاد الاقرار بعد ذلك عاد حكمه ايضا ، ولم يجب له عنه الرجوع : الا ان يرده المقر له .

---

*) الاقرار لغة : الاعتراف .

وشرعا : هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه (الشرح الصغير : 525/3) .

وقد عرفه الامام ابن عرفة بقوله : « خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه او بلفظ نائبه » .

1) اذا كان المقر حاضرا يسأل عن تفسير ما اراد ، ويصدق في جميع ذلك مع يمينه ان نازعه خصمه (مواهب الجليل : 230/5) .

2) عقد القرافي فرقا للاقرار الذي يقبل الرجوع فيه والذي لا يقبل فيه الرجوع واوضح ذلك بأمثلة ، ومما قال : « ما لا يجوز الرجوع عنه من الاقرار هو الرجوع الذي ليس له فيه عذر عادي ، وضابط ما يجوز الرجوع عنه ، ان يكون له في الرجوع عنه عذر عادي » : انظر (الفروق : 38/4 ـ الفرق : 222) .

[الاستثناء بعد الاقرار]

543 ـ وكل من وصل اقراره بتبيين او استثناء وصلا نسقا ، فالقول قوله (3) .

قال بعض أهل العلم : الا ان يتبين كذبه في ذلك الاستثناء فيكون حكمه حكم المقر النادم .

[الاقرار في حال الصحة]

544 ـ وكل من اقر في صحته بدين فانه يلزمه (4) : كان المقر له اجنبيا او وارثا .

[الاقرار في حال المرض]

545 ـ وكل مقر في مرضه (5) بدين ، فانه يلزم إقراره للاجنبي الذي لا يتهم عليه ،

ولا يلزم في الوارث الذي يتهم عليه (6) .

فإن اقر لمن يتهم عليه ممن ليس بوارث ، فان كان ورثته ولده صدق ، وان كانوا عصبة لم يصدق (7) .

وان اقر في مرضه لغير وارث ، ثم لم يمت حتى صار وارثا ؛ فان الاقرار جائز ، لأنه ثبت الاقرار في وقته وصح

---

3) انظر (مواهب الجليل : 228/5) .

4) وذلك اذا توفر فيه شرط التكليف وشرط كونه غير محجور عليه (الفواكه الدواني : 229/2) .

5) المقصود بالمرض هنا المرض المخوف ، لا مجرد المرض الخفيف . (ن . م : 229/2) .

6) اذا اقر المريض لزوجته المبغوضة لديه صح اقراره . وكذا اذا اقرت الزوجة المريضة لمن كانت تبغضه (الشرح الصغير : 227/3) .

واما ان جهل حال الزوج المريض مع زوجته ولم يعلم هل كان يميل لها او لا صح ان ورثه ابن ولو صغيرا (الفواكه الدواني : 229/2) .

7) المريض اذا اقر لوارث قريب مع وجود الابعد او المساوي كان ذلك الاقرار باطلا .

وان اقر لوارث بعيد كان صحيحا ان كان هناك وارث اقرب منه ، سواء كان ذلك الاقرب جائز المال ام لا .

وان اقر لقريب غير وارث كالخال او لصديق ملاطف او مجهول حاله صح الاقرار ان كان لذلك المقر ولد او ولد ولد والا فلا .

وان اقر لأجنبي غير صديق ، كان الاقرار لازما ، كان له ولد ام لا (الصاوي على شرح الصغير : 527/3) .

[بساط الكلام في الاقرار]

546 ـ واذا اقر ان لفلان عليه حقا ، ثم قال : حق القرابة والاسلام ، نُظِر الى بساط الكلام فحُمل عليه .

وكل من اقر بقبض شيء من مال غيره ، ويدعي انه قبضه بوجه لا يجب عليه رده ، أو في حين لا يجب عليه رده ، فعليه البينة (8) .

[الاقرار للسمعة]

547 ـ وكل من اقر إقرارا ظاهرا للسمعة ، وثبت ان الباطل كان على غير ذلك ، او انهما تعاملا على هذا الاقرار سمعة لا تحقيقا ، فان الحكم لما تعاملا عليه في الباطن ولا يلزم من ذلك الظاهر شيء .

[ادعاء وقوع الطلاق في الصبى أو الجنون]

548 ـ واذا إقر الرجل لامراته ، فقال : طلقتك وانا صبي او انا مجنون ، فالقول قوله : طلقتك وانا صبي .

واما قوله : وانا مجنون ، فإن كان يعرف بالجنون ، فلا يلزمه الاقرار .

قال سحنون : يلزمه ، وهو كالقائل : انت طالق لا طالق (9) .

---

8) مثاله : كما لو ادعى انه قبضه على وجه الهبة او على وجه البيع فهو اقرار وعليه اثبات الهبة او البيع فان لم يثبت حلف .

قال ابن رشد : اذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون الحيازة فيها حاصلة وادعاه لنفسه بابتياع اوهبة او صدقة كان القول قوله في ذلك بيمينه في البيع بلا خلاف ، واما في الهبة والصدقة ففيه خلاف (الشرح الصغير : 539/3 : الصاوي على شرح المذكور : 530) .

9) ان من شروط المطلق ان يكون عاقلا بالغا لذا لا ينفذ طلاق من كان مجنونا او صبيا غير بالغ . وقيل ينفذ طلاق المراهق (قوانين الاحكام : 167) وانظر (مواهب الجليل : 231/5) .

[الهزل في الاقرار]

549 ـ واذا سئل الرجل شيئا ، فقال : هو لامراتي ، او لفلان ، لرجل اجنبي من الناس ، لم يلزمه بهذا الاقرار حق لامراته ، ولا للرجل اذا ادعوه بحق قديم او بهذا الاقرار .

وان قال : وهبّته ، او بعته من فلان :جب نفاذ ذلك (10) .

وان خطبت اليه ابنته فقال : زوجتها من فلان ، فانه يلزمه ذلك لفلان ، ادعاها بنكاح قديم او بهذا اللفظ . والنكاح والطلاق لا هزل فيهما (11) .

قال ابن كنانة : ان ادعاها بأمر قديم لزمه ، وان ادعاها بهذا اللفظ لم يلزمه .

[اجتماع الاقرار والبينة]

550 ـ واذا اقر بشيء ثم اقام البينة في خلاف ذلك بما يبطله ، فاقراره على نفسه احق من بينته .

ولكن ان اقام بينة على اقرار المدعي بما وهن اقرار المقر : لزم ذلك . مثل : أن يقر على نفسه بدين ويقول : انا اقيم البينة انه من ربا او قراض ، فلا تقبل بينته ، الا ان يشهد على اقرار المقر له بهذا الكلام ، فيلزمه ذلك ويسقط عن المقر ما يقر به من ذلك (3) .

---

10) قال الباجي : « من سئل عن شيء فقال : هو لفلان ، لم يلزمه بهذا الاقرار شيء ، بخلاف ما إذا قال : بعته او وهبته لفلان ، فان ذلك لازم له » (المسائل الملقوطة : 58 أ) .

11) روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق واليمين » وفي رواية اخرى ذكر الرجعة مكان اليمين .

وفي رواية عن الحسن البصري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نكح لاعبا او طلق لاعبا او أعتق لاعبا جاز ».

وقال عمر بن الخطاب : « اربع جائزات اذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر » ومثله مروى عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه (اعلام الموقعين : 109/3) .

والهزل في الاقرار مبطل له لأن الاقرار محتمل الصدق والكذب ، والمخبر عنه اذا كان باطلا فبالاخبار به لا يصير حقا .

[إقرار الورثة]

551 ـ والأصل في قول مالك في الرجل يموت ، ويقر بعض ورثته بدين على الميت أو بوارث : انهما سواء . ويعطى المقر له من يدي المقر ما ينوبه مما في يديه .

مثل : أن يموت ويترك ابنين ويترك ثلاثمائة دينار ، فيقر أحدهما بدين مائة ، أو بوارث : فيجب على المقر ان يبدا الى الوارث المقر به او المقر له بالدين بخمسين دينارا مما في يديه (12) .

قال عبد الملك بن حبيب : واصحاب مالك يقولون : هذا وهم ، لان المقر بالدين لا ميراث له الا بعد رد الدين .

[إقرار العامل في القراض]

552 ـ واذا اقر العامل في القراض بدين في مال القراض صدق ، وكان اقراره جائزا ، الا ان يكون اقراره بعد دفع القراض اليه ، فلا يصدق .

قال بعض الرواة : الا ان يكون اقراره بقرب دفعه فيجب ان يصدق .

[الإقرار بالقتل على وجه الخطأ]

553 ـ واذا اقر الرجل انه قتل قتيلا خطأ :

فإن كان لا يتهم على وُلْد المقتول انهم ممن يريد غناهم (13) وجر النفع اليهم

---

12) اذا اقر احد الورثة بوارث والباقي من الورثة منكر ، كان المقر عدلا او غير عدل على الراجح ، فللمقر له من حصة المقر ما نقصه الاقرار تعمل فريضة الانكار ثم فريضة الاقرار ثم ينظر ما بين الفريضتين من تداخل وتباين وتوافق وتماثل ، فإن تداخلتا اخذت اكبرهما (الشرح الصغير : 707/4) .

وإن اقر احد الورثة بدين ، فانه يؤخذ من التركة بشهادة الوارث او امراتين من الورثة مع اليمين وانظر حكم إن كان المقر غير عدل او نكل الشهود له (حاشية الصاوي على الشرح المذكور : 707/4) .

13) مثل الأخ والصديق (المدونة : 485/4) .

[31_أ] كانت/القسامة مع قوله ، فان نكل الورثة عن القسامة لم يلزم المقر شيء في ماله (14) .

وقال المغيرة وعبد الملك : الدية عليه في ماله ولا شيء على العاقلة . وقد روى هذا عن مالك .

وقال بعض الرواة : يلزمه في ماله ما كان يلزمه مع العاقلة .

[إقرار اللقيط بأنه عبد]

554 ـ والأصل في اللقيط : أنه حر لا يقبل اقراره على نفسه بانه عبد ، ولا يحتاج في حريته ان يحكم بذلك حاكم .

[إقرار المرأة بالنكاح]

555 ـ ولا يجوز اقرار المراة بالنكاح لرجل : الا ان يكونا طارئين (15) .

[الإقرار للطفل وللجنين]

556 ـ والاقرار للطفل ولما في البطن جائز لان وجوه الصدق في ذلك موجودة متصرفة (16) .

---

14) ان الدية لا تجب على المقر باقراره وانما تجب على عاقلته ، ولا تثبت الا بالقسامة عند مالك لذلك لم يلزم المقر بشيء اذا نكل الورثة عن القسامة .

ومثل هذه الصورة لو ضرب رجل وصرح بان فلانا قتله خطا فيقبل قوله او تكون القسامة في مال عاقلة القاتل ايضا (ن ، م) .

15) في هذا الاقرار تفصيل ـ انظره في (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 491/2) .

16) قال المازري : « الاقرار للحمل ان قيده المقر بما يصح كقوله : هذا الحمل عندي مائة دينار من وصية اوصى بها او من ميراث صح ، وان قيده بما يمتنع بطل ، كقوله : هذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملني بها (التاج والأكليل : 223/5) .

اما سحنون فله قولان في الاقرار المقيد بما لا يصح . وكذلك يصح الاقرار للمجنون من باب اولى واحرى (مواهب الجليل : 223/5 و 224) .

[اقرار مجهول الحال بالرق]

557 ـ واذا اقر الرجل المجهول الحال ، أو المرأة المجهولة الحال ، بالرق ، لزم ذلك فيهما ، ولزم اولادهما الصغار الذين لا يعرفون عن انفسهم ولا يعربون عنها ،

وان كانوا يعربون عن أنفسهم فأنكروا الرق وادعوا الحرية ؛ لم يلزمهم من اقرار أبويهم شيء .

[الابراء من الحقوق]

558 ـ واذا أقر الرجل لرجل : انه لا حق له عليه ، فانه يبرأ من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون (17) .

فان أقر : أنه لا حق له عنده أو قِبَله ، برىء من جميع الأشياء من الضمانات والامانات (18) .

[الاستثناء مع الاقرار]

559 ـ واذا أقر الرجل : أنه اشترى من فلان ثوبه بكذا وكذا ، الا انه لم يدفع اليه الثوب ، فالقول قوله اذا كان ذلك في نسق الاقرار ، فان لم يكن في نسق الاقرار ، فلا يجوز استثناؤه (19) .

[الرجوع في الاقرار بالزنا]

560 ـ واذا أقر الرجل بالزنا قُبِل رجوعه عنه ، وان لم يأت بوجه يعتذر به (20) .

---

17) قال خليل « وان أبرأ فلانا مما له قِبَله . أو من كل حق ، أو أبراه ، برىء مطلقا ومن القذف والسرقة » وبذلك يكون المقر له قد برىء من كل قليل وكثير ، دينا ، أو وديعة ، أو عارية ، أو كفالة ، أو غصبا ، أو قرضا ، أو إجارة ، أو غير ذلك (مواهب الجليل : 232/5) .

18) اذا ادعى المقر بعد ما برأ صاحبه ، قذفا أو سرقة فيها قطع ، وأقام بينة ، فلا يقبل منه ذلك الا ان اثبتت البينة انه جعله بعد البراءة ، وانظر ادعاء الغلط بعد البراءة في (ن ، م) .

19) الاستثناء من الاقرار يصح ما لم يستغرق المستثنى منه (التاج والاكليل : 231/5) .

20) قبول رجوع المقر بالزنا مطلقا هو الذي يؤيده ظاهر حديث ماعز بن عامر لما اذلقته (أقلقته) الحجارة ففر هاربا فقال عليه الصلاة والسلام « الا تركتموه لعله يرجع » البخاري .

قال ابن الماجشون : لا يقبل رجوعه ، الا ان يأتي بوجه يعذر به (21) .

قال ابن القاسم : يقبل رجوعه وان اخذت السياط مأخذها .

قال أشهب : يقبل رجوعه ما لم يضرب أكثر الحد .

[اقرار الرجل بولادة جاريته منه]

561 ـ واذا اقر بجاريته انها ولدت منه ، ولا ولد معها ،
فان كان يرثه ولد ، فقوله مقبول ، لانه لا يتهم على ولده ،
وان كان ورثته عصبة ؛ فلا يقبل قوله لأنه **يتهم عليهم** ولم تعتق الجارية في ثلث ولا في راس مال (22) .

---

21) الرجوع في الاقرار بوجه يعذر به أي شبهة ، مثل أن يدعي أنه أصاب زوجته في حالة الحيض فظن انه زنى (ابن ناجي على الرسالة : 260/2) .

يذكر ابن جزي ان الرجوع في اقرار متعلق بحق الله اذا استند الى شبهة يقبل اتفاقا ، واذ لم يستند الى شبهة ففي قبوله قولان وممن كان يرى القبول ولو بدون شبهة الحسن البصري (قوانين الاحكام : 344) .

2) انظر (المدونة : 48/3 وما بعدها) .

باب الاكراه (*)

[معنى الاكراه]

562 ـ قال محمد : أصل القول في الاكراه : أنه كل ما فُعِل بالانسان مما يضر به ويؤلمه من ضرب أو سجن أو تخويف ، فان كان ذلك من سلطان أو غيره ، فانه اكراه ، لا يلزم صاحبَه حكمُه ولا يحاسب عليه عقده .

قال بعض اهل العلم : وانما ذلك في القول ، واما في الفعل فلا اكراه فيه ، هكذا حكاه محمد بن سحنون عن أبيه ، وهكذا ذكره عبد الملك في كتابه . وكذلك حكى الاوزاعي عن ابن عباس .

[الإكراه على إذاية الغير]

563 ـ وكل ما أكره عليه من فعل يفعله بغيره في بدنه أو ماله : فان حكم ذلك الفعل لازم ، ولا يسقطه الاكراه .

[الاكراه على البيع]

564 ـ والمشتري اذا أكره البائع على البيع منه ، فهو في سبيل الغاصب في جميع احكامه (1) .

*) يقسم المالكية الاكراه الى اكراه حلال واكراه حرام . فالأول كما لوأجبر المكره على بيع داره لتوسيع مسجد ، أو طريق ، أو مقبرة . والثاني هو الجبر على ما ليس بحق شرعي .

كما يفرق المالكية في الاكراه على العقد وعلى سببه والثاني كاعطاء مال ظلما ولو لم يجبر عليه (البهجة ـ حلى المعاصم : 2/75 ـ 76) .

1) الغصب : هو اخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة . وحرمته معلومة من الدين بالضرورة ، ولم يرد فيه حد مخصوص . ولكن يؤدب الحاكم الغاصب حسب اجتهاده . =

[الإكراه على الإقرار]

565 ـ وإذا أُكره الرجل على الاقرار فأقرّ بأكثر مما أكره عليه ، أو بأقل ، أو بخلاف الجنس الذي أكره عليه لم يلزمه من ذلك شيء (2) .

[إكراه المرأة أو الولي على النكاح]

566 ـ واذا اكرهتِ المرأة . أو الولي على النكاح لم يكن للمرأة إجازته وكان نكاحها غير منعقد (3)

[البيع من أجل الإكراه]

567 ـ وإذا أكره الرجل على غرم مال فباع فيه شيئًا من ماله : لم يجز أمر هذا البيع ، وأخذ المكره على الغرم ماله الذي باعه حيث وجده بلا غرم . ويرجع المشتري على الذي أكره البائع بالثمن ، وسواء دفع الثمن الى المكره أو المكره . ويكلف هذا البينة أنه وصله الى الذي أكرهه وأنه لم يصرفه الى منافعه وإنما يجعل ذلك على ظاهر الأمور (...) (4) وهذا كله فيمن غرم بلا حق يجب تعسفا .

وأما من غرم من العمال وغرم من متقبلي المتاجرة وما أشبهها : فإن بيعهم جائز ولا يدخلون في هذا الحكم (5) .

[إكراه الشخص على إتلاف ماله أو قطع يده]

[31 ـ ب] 568 ـ وكل ما أكره/عليه الرجل من اتلاف ماله ، فأتلفه فالمُكرِه ضامن .

ومن أحكامه : أن الغاصب يضمن بالاستيلاء على الشيء الذي غصبه ولو اتلف بأمر سماوي (الشرح الصغير : 582/3 وما بعدها) .

2) حاصل ما تقدم اعلاه أن من أكره غيره على عقد أو حل أو إقرار أو يمين لم يلزم المكره شيء ، والاكراه فيما ذكر يكون بخوف او ضرب مؤلم الى آخر ما ذكر .(الخرشي على خليل : 40/2 ؛ الشرح الصغير : 548/2)
ومثله الطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق ولا عتاق في اغلاق » رواه احمد وأبو داود وابن ماجة .
وانظر ما يعد اكراها وما لا يعد في (الخرشي على خليل : 40/2) .

3) انظر (قوانين الأحكام : 146) .

4) كلمة طمست أكثر حروفها .

5) انظر (قوانين الاحكام : 181)

وكذلك إذا أكرهه على قطع يد نفسه ، فانه يسعه قطعها (6) ، فاذا قطعها وجب له الدية على المكره ، ولا يجب له القصاص لأنه لم يل الفعل .

هكذا ذكره بعض الرواة .

قال سحنون : وأنا أرى عليه القصاص .

[الاقرار عند السلطان]

569 ـ قال أشهب : لا يلزم الاقرار عند السلطان ، وان كان غير محنة إذاكان السلطان مخوفا مرهوبا .

[الاقرار في السجن]

570 ـ قال سحنون : اذا تقدم بالرجل المتهم الى السلطان ، فان جهل او تعسف في حكمه ، واضطره الى الاقرار على وجهه فحبسه لاستبانة أمره ، ان كان من أهل التهم والدعارة (7) ، فأقر في السجن ، فان إقراره نافذ عليه .

[الإكراه على الكفر والمعاصي]

571 ـ قال سحنون : اذا اكره على الكفر ، أو على سب النبي صلى الله عليه وسلم ، أو قذف المسلم ، أو شرب الخمر ، أو أكل الميتة ، أو الخنزير ، لم ينبغ له أن يفعل ، الا من خوف القتل خاصة (8) ، فإن خاف القتل وسعه ذلك ، وان صبر للقتل كان أفضل (9) .

---

6) اما من اكره على قتل مسلم ، أو قطع يده ، أو رجله ، فلا يجوز له ان يفعل ذلك ، ولو ادى امتناعه الى قتله هو لأنها أفعال تعلق بها حق لمخلوق (الخرشي على خليل : 42/2) .

7) بالأصل : الذعارة ـ بالذال ـ والصواب ما أثبتناه . وهي بفتح الدال المهملة وبكسرها والمراد : الفسق والشر (أقرب الموارد : دعر) .

8) الحكم المتقدم ينطبق أيضا على الاكراه على سب الصحابة (الشرح الصغير : 549/2) .
أما سب المسلم غير الصحابي فيجوز في الاكراه بغير قتل ، وكذلك قذف غير المسلم فيجوز لغير القتل (الخرشي على خليل : 42/2) .

9) غذب المشركون عمار بن ياسر حتى قاربهم في بعض ما ارادوا فشكى ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « كيف تجد قلبك ؟ قال : مطمئنا بالايمان : قال فان عادوا فعد » فنزل قوله تعالى : « إلا من اكره وقلبه مطمئن =

[الإكراه على فعل واجب]

572 ـ وكل ما اكره عليه الانسان مما كان يجب عليه ان يفعله من غير اكراه ، فانه يجزيه ، ولا ضمان على المكره ، وذلك مثل : الصدقة المنذورة ، والزكاة المفروضة ، وما شاكل ذلك من الحقوق اللازمة (10) .

[العتق خوفا من السلطان]

573 ـ قال سحنون : واذا طلبه السلطان بشراء عبد فأعتنه ، أو دبره ، أو كاتبه ، وأشهد أنه إنما فعل ذلك من خوف السلطان ، لم يلزمه من ذلك الفعل شيء ، وليشهد على عتقه الذين أشهدهم : انه إنّما فعل ذلك من خوف السلطان ، فإن أشهد غيرهم أجزاه (11) .

بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم » (فتح الباري لابن حجر : 310/12) .

10) انظر (قوانين الاحكام : 168)

11) تسمى هذه الشهادة بشهادة الاسترعاء . انظر : الباب الخامس والثلاثين في القضاء بشهادة الإسترعاء من (تبصرة الحكام لابن فرحون : 1/ 366 ـ 370)

باب الشهادات (*)

[شهادة الخصم والظنين]

574 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه في باب الشهادات : انه لا تجوز شهادة خصم (1) ولا ظنين (2) ولا جارّ الى نفسه (3) .

[الشهادة يفسرها الشهود]

575 ـ انظر : فكل شهادة يشهد فيها الشهود يجرى معناها على حكمهم وتمييزهم ، أنها لا تقبل حتّى يفسّروها تفسيرا يكون الحكم هو الناظر فيه مثل أن يشهدوا أن هذا الرجل وارث هذا المال ، ولا يزيدون شيئا . فقد يرون أنه وارث بجهة (4) لا يرى الحكم أنه بها وارث ، فإن من الناس من يرى الخال وارثا ، والخالة داخلة في الميراث (5) .

---

*) اختلف العلماء في الشهادة هل هي خبر او انشاء ، وفي الفرق بينها وبين الرواية . انظر (الأمير وحجازي : 324/2) .

والشهادة من انواع البينة التي تكلم عنها ابن فرحون في الفصل الأول من القسم السابع (التبصرة : 202/1 وما بعدها) .

1) لا تجوز شهادة الخصم على خصمه لانه عدوه ، ولا يؤمن على شأنه . والمراد بذلك الخصومة التي تكون في أمور دنيوية ، وكذلك شهادة التجار فيها بينهم الا اذا كانت خفيفة . اما شهادة المسلم على اهل البدع فتصح (زروق وابن ناجي على الرسالة : 282/2) .

2) الظنين : من يتهم بموالاته لأحد الخصمين ومنه الزوج (ن ، م) .

3) يعني من يجر نفعا الى نفسه بالشهادة .

4) كلمة غير واضحة بالأصل ، وما أثبتناه من اقتراحنا .

5) الذي عليه اكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة ، ومالك والشافعي ان لا ميراث للخال والخالة .=

ومثل أن يشهدوا أن لفلان على فلان كذا وكذا درهما ، فلا تجوز حتى يبينوا انها من بيع أو قراض [أو ما أشبه] (6) ذلك ، فلعلهم إن يبينوا هذا البيان أن يكونوا رأوا أن الدين قد وجب عليه بوجه ، لو أبانوه للحكم لم يره واجبا عليه ،

وكذلك من هذا التفسير اذا شهدوا : أن هذا مولى هذا ، وان هذا قد قذف هذا ، أو شتم هذا ، أو سفه على هذا .

جميع هذا الباب يجري على الذي ذكرت لا غير .

[سقوط بعض الشهادة]

576 ـ وانظر : فكل شهادة سقط بعضها لتهمة الشاهد ، فان شهادته في سائر الشهادات ساقطة (7).

وإن كانت سقطت لنقصان الشهادة ـ إذ ليس مع الشهادة من يتم به الحكم ـ فشهادته في باب الشهادات جائزة .

وان كان انما سقطت لما كافأتها من شهادة أخرى . ففي ذلك اختلاف من الرواة . منهم من ذكر أن باقي الشهادة ساقطة .ومن الرواة من رأى ان باقي الشهادة تامة .

[الشهادة المردودة لعلة]

577 ـ وكل من ردت شهادته (8) لعلة . مثل الصبي (9) والذمي (10) والمتهم

= وذهب سائر فقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء ، منهم الاحناف الى توريث الخال والخالة . وحجتهم في ذلك قول عمر بن الخطاب في كتابه الذي بعثه الى ابي عبيده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » أخرجه الترمذي في صحيحه (بداية المجتهد : 372/2) .

6) كلمتان غير واضحتين في الأصل وما أثبتناه يقتضيه السياق .

7) يقول محمد بن عبد السلام : ان الشهادة اذا رد بعضها للتهمة رد جميعها) .

وفي هذه المسألة تفصيل : انظر (ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب : 47/5 أ مخ دار الكتب بتونس 12246 ؛ تنبيه الحكام : 32 أ و ب مخ . نفس الدار : 8241) .

8) اشترط الفقهاء في الشهادة سبعة شروط هي : الاسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والتيقظ ، والعدالة ، وعدم التهمة (قوانين الاحكام : 226) .

9) اجاز مالك شهادة الصبيان فيا بينهم بشروط عشرة . وحجته في ذلك عمل أهل المدينة ، =

(11) ، ثم صاروا الى الانتقال عن تلك العلة ، لم تقبل منهم تلك الشهادة (12) ، وإن نقلوها .

[شهادة النساء]

578 ــ وكل ما يجوز فيه شهادة النساء (13) ، فلا يجوز فيه منهن أقل من اثنتين ، قال ابن الماجشون وسحنون .

وكل/موضع يجوز فيه القضاء باليمين مع الشاهد ، فشهادة النساء فيه جائزة ، [32 ـ أ]

وما لم يجز فيه القضاء باليمين مع الشاهد . فشهادة النساء فيه غير جائزة (14) .

وقد اختلف في هذا الأصل كلام ابن القاسم وتناقض .

قال ابن عاصم :

وبشهـــادة من الصبيان في جــرح وقتل بينهم قد اكتفي
وشرطهـــا التمييز والذكورة والاتفاق في وقـــوع الصورة
من قبل ان يتفرقوا او يدخلا فيهم كبير خوف ان يبدلا

(حلي المعاصم . البهجة : 2/103 و 104 ؛ مواهب الجليل : 7/119) .

10) لا تجوز شهادة الكافر على المسلم ، وتجوز شهادة المسلم على الكافر (ابن ناجي على الرسالة : 2/283) .

11) رد الشهادة للتهمة يرجع الى ستة أمور ، منها : الميل للمشهود له ، والميل عليه . انظر تفصيل ذلك (قوانين الاحكام : 227) .

12) لم تقبل شهادة هؤلاء لان من أسباب رد الشهادة الحرص على ازالة التعيير باظهار البراءة أو التأسي . ويتجلى هذا السبب أيضا عند الفاسق الذي ترد شهادته ثم يصبح عدلا ، وعند العبد الذي ترد شهادته ثم يعتق . انظر (تبصرة ابن فرحون : 1/225) .

13) تجوز شهادة النساء في الأموال خاصة أو فيما لا يطلع عليه النساء دون الرجال كالحمل والولادة أو فيما يؤول الى الأموال كالوصية بالمال والوكالة على المال ، قال تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضـون من الشهداء » البقرة : 282 .

فاما فيما هو مال فتجوز شهادة امرأتين مع رجل ، وكذلك فيما يؤول الى المال . أما في ما لا يطلع عليه الا الرجال فالشهادة تكون من امرأتين فقط (زروق على الرسالة : 2/280) .

14) القضاء باليمين مع الشاهد جائز في الأموال ، وهو مذهب مالك والفقهاء السبعة وجمهور علماء المسلمين لورود آثار كثيرة ثبت فيها ان رسـول اللـه صلى اللـه عليه وسلـم قضى باليمـين مع الشاهـد (بداية المجتهـد : 2/500/501) .

[الإشهاد على الشهادة]

579 ـ وكل من حكى : أن عنده علما في شيء من الشهادات ، فلا يجوز أن يشهد السامع منه على شهادته بذلك ، إلا أن يشهده عليها إشهادا بالقصد الى ذلك (15) .

[ما تصح فيه شهادة السماع]

580 ـ وشهادة السماع جائزة (16) في الشراء المتقادم ، وفي الاحباس ، والصدقات ، والنكاحات ، وعلى الضرر بين الزوجين ، وعلى النسب .

[شهادة السماع في الولاء]

581 ـ واختلفت رواية ابن القاسم واشهب في الشهادة على السماع في الولاء .

فقال ابن القاسم عن مالك : لا يستحق بذلك الولاء ، ويستحق به المال .

وروى أشهب : انه يستحق بشهادة السماع الولاء كما يستحق به المال سواء .

[الشهادة بالميراث]

582 ـ وكل شهود شهدوا على الرجل : أن هذا المال كان لأبيه أو لجده ، فان الشهادة لا تتم في ذلك الا بوجهين :

أحدهما : ان يقولوا : ان هذا المال تركه ميراثا لابنه هذا ، وأن ابنه تركه ميراثا لابنه هذا .

والوجه الآخر : ان يقولوا : هذا وارثه ، لا نعلم له وارثا غيره (17) .

---

15) مذهب مالك انه يقضي بالشهادة على الشهادة في الأموال وغيرها . وشرط صحة تحملها ان يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع : اشهد على شهادتي أو على ان فلانا أشهدني بكذا (تبصرة ابن فرحون : 353/1) .

16) تجوز الشهادة بالسماع والمراد به السماع الفاشي في عشرين موضعا انظرها في (قوانين الاحكام : 230) تحدث ابن فرحون عن المراتب الثلاث لشهادة السماع في (تبصرته : 345/1 وما بعدها) .

17) انظر (تبصرة ابن فرحون : 247/1) .

وكذلك اذا شهدوا بشيء لرجل ، لم تتم الشهادة حتى يشهدوا : انهم لم يعلموا أنه باع ولا وهب (18) .

[اختلاف الشاهدين]

583 ـ انظر : فكل شاهدين اختلفا عند الحكم في شهادتهما .

فان كان الاختلاف فيه ما لم يكن للحكَم بد من سؤالها عنه ، فالشهادة باطلة لاختلافهما .

وان كان اختلافهما مما ليس على الحكم ان يسألهم عنه فالشهادة نافذة .

قال المغيرة : سمعت يجيز شهادة الافذاذ في كل شيء : في النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والقذف ، وشرب الخمر ، ماخلا الزنا والسرقة .

[تضاد الشهادتين]

584 ـ و الاصل في الشهادتين تتضادان : فإن أرّختا فالتاريخ الأول أحق .

وإن ورخت إحداهما ولم تؤرخ الأخرى ، فالمؤرخة أحق .

وان لم تؤرخ واحدة منهما قضي بالأعدل ، فان تكافأتا في العدالة سقطتا ، وكان الشيء المدعى فيه بينهما ، ان كان في ايديهما .

وان لم يكن في ايديهما فان راى السلطان أن يقره على ما هو عليه اقره ، وان رأى أن يقسمه قسمه .

---

18) تكون الشهادة ناقصة اذا لم يقل الشهود انهم ما علموا ان صاحب الحق باع أو وهب او تصدق .
وعلى مذهب المدونة ان هذه الشهادة نافذة مع حلف المستحق انه ما باع ولا وهب .
أما ابن أبي زمنين فانه برى ان هذه الشهادة لا تقبل الا اذا لم يوجد سبيل لسؤال الشهود عن ذلك ، واذا سئلوا وامتنعوا عن الجواب بطلت شهادتهم (تبصرة ابن فرحون : 245/1) .
ةلم ينقل ابن فرحون عن المنع أن الشهود الذين يختلفون في شهادة يؤدونها تسقط شهادتهم كلها إن كانوا في العدالة سواء (ن ، م : 345/1) .

وان كان في يد حائز له يدعيه فهو للذي هو في يده على ما كان عليه .

[ابطال الشهادة عند تكذيبها]

585 ـ وكل من عند على نفسه عندا من قوله ، فيه تكذيب لشهادة شهود له على خصمه ، فإن ذلك إبطال لشهادتهم ، كان ذلك القول منه قبل الشهادة أو بعدها ،

مثل أن يقول : ما عاملته ، ثم يقيم البينة أنه قضاه ، فان قال : ماله عندي شيء ، فلا يضره ذلك ، وليس مثل قوله : ما عاملتك .

باب الاقضية (*)

[حكم القاضي بعلمه]

586 ـ قال محمد : ومن أصولهم في باب الأقضية : أنه لا يجوز أن يقضي القاضي بعلمه (1) ، ولا بإقرار أحد الخصمين عنده ، كان ذلك قبل أن يكون قاضيا ، أو بعد أن كان قاضيا ، حتى تشهد البينة عنده بذلك .

[وجوه أحكام القضاة]

587 ـ وأحكام القضاة على ثلاثة أوجه :

(*) يراد بالقضاء لغة عدة معان ، منها الأمر مثل « وقضى ربك » الاسراء : 23 . والاتمام مثل « فاذا قضيتم الصلاة» الجمعة : 10 . والفعل مثل «فاقض ما انت قاض» طه : 72 . والإرادة مثل «وإذا قضى أمرا ..» البقرة : 117 ، (البهجة : 1 14) .

وفي الاصطلاح قال ابن رشد : « حقيقة القضاء : الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام » (تبصرة ابن فرحون : 12/1)

(1) من العدالة ان لا يحكم القاضي بعلمه . قال السجلماسي : ويلزم القاضي ترك حكمه لمن له الحق بما في علمه ويرد الحكم الذي لا يستند الا الى علم القاضي .

ولا يحكم القاضي بعلمه سواء علم بذلك قبل القضاء أو بعده (قوانين الاحكام : 322)

وقال سحنون : « لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وانا أعلم خلاف ما شهدوا به ، لم يجز أن احكم بشهادتهما ولا أن أردهما لعدالتهما ، ولكن أرفع ذلك الى الأمير الذي فوقي وأشهد بما علمت ، وغيري بما علم ، ولو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما اعلم انه حق لم اقض بشهادتهما (التاج والاكليل : 140/6) .

فأما القاضي العدل العالم : فان احكامه نافذة لا يفسخ له حكم ، ولا يتعقب له قضاء (2) .

وأما الجائر المتعسف ، فلا يتعقب له حكم ويتم القاضي بعده النظر فيا حكم فيه مما رفع اليه ، ولا ينظر الى سجله لانه لابد ان يتحلى فيه بالعدل .

وأما العدل الجاهل المتحري ، فانه يتعقب : فما وافق الحق نفذ ، وما خالف الحق رد (3) .

[مرجع القاضي في الحكم]

588 ـ وكل ما حكم به القاضي العدل من مذهب من رآه صوابا مما اختلف الناس فيه : فهو نافذ (4) .

[32 ـ ب] وان أراد مذهبا فأخطأه ، رد ذلك الحكم ، ونقض ، وإن وافق/به مذهب ذاهب من العلماء .

قال ابن الماجشون : إذا ذهب القاضي الى مذهب اختلف الناس فيه ، نفذ (5) إلا أن يكون مما للنبيء صلى الله عليه وسلم فيه قضية ، مثل الشفعة في المقسوم ، ومثل العبد الى الشريكين يعتقه أحدهما وهو معسر ، فيعتق عليه ، ويأمره بالسعي .

---

2) قال ابراهيم بن فرحون : « اما العالم العدل فلا يتعرض لاحكامه بوجه الا على وجه التجويز لها ان عرض فيها عارض بوجه خصومه فاما على وجه الكشف لها والتعقيب فلا ، وان ساله الخصم ذلك الا أن يظهر له خطأ (تبصرة ابن فرحون : 73/1)

3) تكشف أقضية العدل الجاهل : فما كان منها صوابا أمضي وما كان منها خطأ رد باتفاق .

وقال ابن عبد السلام : روى بعض الشيوخ : أن العدل الجاهل اذا كان لا يشاور أهل العلم تنقض أحكامه كلها ، لأنها اعتمدت الحدس والتخمين (ن،م : 73/1)

4) حكمه في القضية المختلف فيها بين الفقهاء يرفع الخلاف في خصوص القضية المحكوم فيها .

5) يذكر ابن جزي : إن قصد الحكم بمذهب فذهل وحكم بغيره من المذاهب فانه يفسخ هو هذا الحكم ولا يفسخه غيره (قوانين الاحكام : 322)

[حكم القاضي على من لا تجوز شهادته عليه]

589 ـ ومن أصلهم : ان القاضي لا يجوز حكمه على من لا تجوز شهادته عليه (6) ،

ولا يجوز حكمه على من لا تجوز شهادته له ،

ولا يجوز حكمه بشهادة من لا تجوز تزكيته له (7) .

[تنفيذ كتاب القاضي الى قاض آخر]

590 ـ واذا كتب القاضي الى القاضي في أمر ، فعلى القاضي المكتوب اليه أن ينفذ كتاب القاضي اليه ، اذا ثبت عنده انه كتابه : كان الذي كتب اليه مما يوافق مذهبه ، او مما يخالفه ، وذلك اذا كان القاضي الكاتب قد حَكَم (8) .

وان كان لم يحكم ، وانما كتب اليه بما ثبت عنده ، لم يحكم هذا المكتوب اليه الا بما يوافق مذهبه .

[ما يقوم به القاضي عند التداعي لديه]

591 ـ وتفسير ما يجب على الحاكم من النظر بين المتحاكمين : في اول مقدمهما اليه ، ان يقول الحاكم للمدعي : ألك بينة بما تدعي ؟ ـ فان قال له : لي بينة سأله : أحاضرة هي أم غائبة ؟ فان قال : حاضرة ـ أمر بتقريبها وسمع منها ، وان قال : غائبة غيبة قريبة أو بعيدة ، سأله أن يأتيه بمن يعرفه بالخلطة (9) ، فإن أتاه بمن يعرفه بالخلطة أخذ له عليه كفيلا بوجهه إن كانت بينته قريبة ، وان كانت بينته بعيدة جدا استحلف له .

---

6) من ذلك انه لا يحكم على عدوه لان شهادته عليه غير جائزة (تبصرة ابن فرحون : 85/1)

7) انظر في التزكية والتعديل (ن،م : 257/1 وما بعدها)

8) ان ثبت خطأ القاضي الكاتب ببينة ، أو كان القاضي المكتوب اليه يعرفه ، نفذ المرسل اليه الحكم ، ولا يعد ذلك من قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به ، لأن ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحق كقيام بينة عنده بذلك ، ويعد قبوله الكتاب بما عرفه من خط القاضي المرسل كقبوله بينة بما عرف من عدالتها (ميارة على التحفة : 43/1)

9) انظر فيا يتعلق بالخلطة وما يوجبها (تبصرة ابن فرحون : 199/1)

[توقيف المدعى فيه]

592 ـ وان كانت الدعوى في عرض أو عبد ، فسأل أن يوقف (10) له ذلك ، فليس ذلك له ، إلا أن يأتي بسماع أو لطخ (11) . ويدعي بينة قريبة : فيوقف له الخمسة الأيام الى الجمعة .

وإن كانت الدعوى في أرض أو حائط فإنه إذا اتجه طالب أمر الطالب ،وقف ذلك وقفا يمنع من الاحداث (12) فيها ، ولا يمنع الغلة اذا كان مشتربا .

[الحميل بالمال]

593 ـ وكل من حكم عليه الحكم بمال ، فان لم ينفذه نفذا ناجزا ، كلف أن يقيم له حميلا بالمال ، فان فعل ، والا سجن .

[إنظار الشفيع]

594 ـ واذاوقف المشتري الشفيع فقال له السلطان : خذ أو دع ، فقال : أخرني أنظر ، فلا ينبغي للسلطان ان يؤخره ساعة .

فان قال : قد اخذت ولكن انظر في الثمن ، فمن حقه أن ينظره السلطان مثل الثلاثة الأيام وما اشبهها .

[تنفيذ الصدقة]

595 ـ كل ما تصدق به الرجل على الرجل لغير مكافاة ، ثم أبى من تنفيذه ، فانه يقضى بتنفيذه ، اذا طلب ذلك المتصدق عليه .

---

10) توقيف المدعى فيه واعتقاله يختلف الحكم فيه باختلاف المدعى فيه الذي يكون عقارا او حيوانا او شيئا يسرع اليه الفساد ، وقد فصل الكلام عنها ابن فرحون في (تبصرته : 179/1 وما بعدها) .

11) اللطخ : الشهود غير العدول (ن م : 179/1)

12) التوقيف هنا يكون بمنع الذي في يده العقار من ان يتصرف فيه تصرفا يفيته ، كالبيع والهبة ، او يخرجه به عن حاله ، كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير ان ترفع يده عنه (ن.م : 179/1)

وإن كان ذلك انما كان في يمين ، أو منازعة أو ما أشبهه ، فلا يقضى به عليه .

[رجوع الخوارج الى جماعة المسلمين]

596 ـ وأصل القول في الخوارج إذا رجعوا الى الجماعة : أن الدماء منهم موضوعة ، وكذلك الأموال الفائتة .

وما كان في أيديهم قائمة ، اخذ منهم .

وليس كذلك المحاربون ، لأن المحاربين خرجوا طوعا وخرج الخوارج على التأويل (13) .

[الحكم فيما بين اهل الذمة]

597 ـ والحُكم فيما بين أهل الذمة على الحَكَم واجب ، فيما تطالعوا فيه من بيع وشراء ورهن وغصب .

ولا ما فيما لهم فيه شريعة مثل الحدود والزنا والطلاق والعتاق والخمر (14) ، فلا يحكم بينهم فيه إلا إن تراضوا جميعا .

فان تراضوا كان الحكم بالخيار ، إن شاء حكم ، وإن شاء ردهم الى أهل دينهم (15) .

---

13) انظر عن تأويل الخوارج (تبصرة ابن فرحون : 280/2)

14) في الوثائق المجموعة : أن حاكم المسلمين لا يحكم بينهم في الخمر والربا والزنا والطلاق والعتاق .

وانما يحكم بينهم في التظالم مثل أن يمنع وارث منهم وارثا آخر حقه ، وما أشبه ذلك إذا تراضى المتداعيان (ن.م : 85/2)

15) يكن للقاضي أن يحكم بين أهل الذمة وذلك إذا ترافعوا اليه وأبدوا رضاهم بحكمه ، وحينئذ يحكم بينهم بحكم الاسلام .

وجاء في العتبية ان ابن القاسم قال : لا يحكم بينهم حتى ترضى أساقفتهم .

ورأى غيره أن ذلك غير لازم لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين ، ولم يرد في الخبر انه شاور اساقفتهم (ن.م : 85/2)

[الأرض لمن أحياها]

598 ـ وكل من أحيا ارضا ميتة ، فهي له (16) . وحقيقة الاحياء : شق العيون ، وحفر الآبار ، وغرس الأشجار ، والحرث ، وبناء البنيان .

[الرجوع في الشهادة]

599 ـ واذا رجع الشهود قبل القضية ، لم يحكم بها ، ولم تقبل شهادتهم فيما رجعوا اليه ،

فإن رجعوا بعد القضية ، نفذت القضية ، ولم تفسخ . وكان عليهم غرم ما أتلفوا على المشهود عليه (17) .

[حريم البئر]

600 ـ وليس لحريم البئر حد مسمى ، ولكن ما أضر بالبئر (18)

16) هذا نص حديث نبوي رواه الترمذي .
عرف ابن عرفة إحياء الموات بقوله : « لقب لتعمير داثر الارض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها .
وفي اللباب : « حقيقة الاحياء : العمارة ... وحكمه الجواز ، وهو سبب في الملك . وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة » (التاج والأكليل : 2/6) .

17) قال ابن عاصم في الراجع عن شهادته :

والراجع عنها قبوله اعتبر   ما الحكم لم يمض وان لم يعتذر

وفي المتيطية : أن الراجع في شهادته إن كان مأمونا وأتى بشبهة قبل رجوعه والا فلا يقبل .
وعند أشهب وسحنون : أنه لا يؤدب مخافة أن لا يرجع احد . وبهذا الحكم جرى العمل .
وعند ابن القاسم : انه يؤدب إذا لم يكن الرجوع عن زنا . وإذا كان الرجوع عن زنا فانه يحد . انظر (البهجة وحلي المعاصم : 102/1) .

18) قال ابن شاس : أما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة ، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرابض مواشيها عند الورود ، ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبني بئرا في ذلك الحريم (التاج والاكليل : 3/6) .

[ضمان ما أتلفته النار]

601 ـ واذا أرسل الرجل في أرضه نارا/فاشتعلت واتصلت بأرض جاره وأحرقت [33 ـ أ] وأفسدت ،

فان كان يرى في حين إرسالها وإشعالها أنها لا تبلغ الى ذلك المبلغ ، فلا شيء عليه ،

وإن كان يرى أنها تبلغ ذلك المبلغ ، فهو ضامن .

هكذا قال ابن القاسم .

قال سحنون : انما ينظر في ذلك الى ما يجوز والى ما لا يجوز. فما أرسل من النار التي يجوز له إرسالها ، فلا ضمان عليه فيما أصابت ، وما لا يجوز إرسالها فهو ضامن لما أصابت (19)

[الحيازة وصفتها]

602 ـ وكل من حاز شيئا بحضرة رجل ثم ادعي بعد ذلك المحوز عليه بحضرته ، فلا ينظر له في دعوى ، ولا يقبل فيه بينة .

وصفة الحيازة القاطعة للدعوى : الهدم ، والبنيان ، والغرس ، والاحكام التي تنقل الاملاك .

وأما السكنى فليست من تلك الحيازة ، قد يسكن الرجل بالكراء والعمرى وما أشبه ذلك .

[الخروج بالمدعى فيه]

603 ـ وكل من حكم عليه في دابة ، أو عبد ، أو عرض ، فله أن يضع القيمة ويخرج

---

19) عقد ابراهيم بن فرحون لهذه المسالة فصلا جاء فيه : « اذا أوقد رجل نارا لعمل يعمله ، فترامت النار حتى أحرقت زرع رجل في أندره ، فان كان قد غرّ لقربه من الأندر فهو ضامن .. وان كان عمله للنار على بعد من الاندر في موضع مأمون ، فتحاملت النار أو حملها الريح حتى احرقت ما في الأندر فلا ضمان على الذي حملها » (تبصرة ابن فرحون : 348/2)

بها مطبوعا في عنقها الى المكان الذي يستحق حنه على من باعه ،

فان دخلها نقص أخذ المستحق القيمة .

وليس حوالة الاسواق بنقص يستحق به القيمة الموضوعة .

باب الديات (*)

[الدية في قتل النفس]

604 ـ قال محمد : أصل القول في الديات : ان النفس فيها ألف دينار من الذهب على أهل الذهب ، واثنا عشر الف درهم من الورق على أهل الورق ، وبمائة من الابل على أهل الابل .

ودية النفس منقسمة على ثلاثة أوجه :

ـ على حكم الخطأ

ـ وعلى حكم العمد

ـ وعلى حكم التغليظ

فأسنان دية الخطأ من الابل : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة تحملها العاقلة (1) بثلاثة أعوام .

وأما أسنان دية العمد : فخمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة .

وأما أسنان دية التغليظ : فثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، واربعون خليفة (2) .

---

*) الدية مأخوذة من الودى بوزن الفتى ، وهو الهلاك . سميت بذلك لانها مسببة عنه .
ودية كعدة محذوفة الفاء وهي الواو وعوض عنها هاء التانيث . وهي تختلف باختلاف الناس بحسب أموالهم من ابل وذهب وورق (الصاوي على الشرح الصغير : 372/4) .

1) قال ابن عرفة : « الدية تجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا لا باجتهاد » (حدود ابن عرفة) .

2) أي حاملة . خلفت الناقة حملت (اللسان : خلف) .

قال محمد : و ن مذهب ابن القاسم : أنه اذا وقع التغليظ على أهل الذهب والورق : أن يزاد على الدية في الدراهم مقدار زيادة القيمة في دية أسنان التغليظ على قيمة أسنان الخطا .

وبيان ذلك ان يقال : ما قيمة دية أسنان الخطا ؟ فيقال : الف .

ثم يقال : وما قيمة أسنان دية التغليظ ؟ فيقال : الف وخمسمائة .

فقد زادت الدية مثل نصفها : فيكون على أهل الدراهم دية ونصف ، ويكون على اهل لذهب دية ونصف .

وقال محمد بن عبد الحكم : اذا وقعت دية التغليظ على أهل الذهب والورق : لم تغلظ للأسنان دية العمد فضلا على دية اسنان الخطا .

واذا وقعت على أهل الذهب والفضة لم يُزَدْ فيها شيء .

فكذلك التغليظ اذا وقع على اهل الذهب والورق .

قال محمد في الديوان المستخرج من الأسمعة : ان الدية في العمد يزاد فيها اذا وقعت على أهل الذهب والورق ، كما يزاد في دية التغليظ على التفسير الذي تقدم .

[الدية الكاملة في غير النفس]

605 ـ ومن الأعضاء والجوارح التي فيها الدية كاملة وان لم تبلغ للنفس :

البصر : فيه الدية جميعا .

وفي كل عين نصف الدية .

وفي السمع : الدية .

وفي اليدين جميعا الدية .

وفي كل واحدة نصف الدية .

وفي كل اصبع عشرة من الابل .

وفي كلّ انملة ثلث دية الأصبع الاّ الابهام فإنّ فيه انملتين .

وفي الرجلين الدية .

وفي كل واحدة نصف الدية .

وفي الأنف الدية/اذا وعب جذعا (3) . والمارن في الأنف (4) إذا قطعت وجبت فيه [33 ـ ب] الدية . كالحشفة في الذكر اذا قطعت وجبت فيها الدية كاملة .

وفي اللسان الدية . واذا ذهب كلامه وان لم يقطع (5) ففيه الدية كاملة .

في الشفتين الدية كاملة .

في الصلب الدية كاملة اذا قعد . فان لم يقعد ولكن تكسر وبرئ على شين ظاهر فانما فيه الاجتهاد .

---

3) اي قطع كله .

4) طرفة .

5) جمع الغافقي الأعضاء والجوارح التي تبلغ فيها الدية كاملة في الرجز الآتي :

وكل شيء هو في الانسان   منفرد وليس منه اثنان
فدية الانسان فيه تكمل   في كل جسم خمسة تحصل
أول ما يذكر منه عقله   ثم اللسان يعطى ذاك مثله
والأنف والذكر ثم الصلب   وكلها منصوصة في الكتب
وما يكون منه اثنان في الجسد   فجملة الدية فيها تعد
وهي سبع في جميع الابدان   جلتها العينان ثم الاذنان
وبعدها فعدد اليدين   وصلها في ذاك بالرجلين
والشفتان ثم اثيان   وبعدها في المراة الثديان

(زروق على الرسالة : 235/2) .

وفي الذكر الدية كاملة ،

وفي الانثيين الدية كاملة ، كان قصم الذكر والأنثيين معا في فور أو مختلفين .

وفي عين الأعور الدية كاملة .

وفي تدي المراة الدية كاملة .

[دية المرأة]

606 ـ ودية المرأة على النصف من دية الرجل (6) .

[دية الذمي والمجوسي والجنين]

607 ـ ودية رجال أهل الذمة من أهل الكتاب على النصف من دية رجال المسلمين ، ودية نسائهم على النصف من دية نساء المسلمين (7) .

ودية المجوس ثمانمائة درهم (8) .

ودية الجنين إذا ضرب في بطن أمه فسقط ميتا غُرة ـ عبدا أو امة ـ قيمته خمسون دينارا .

[الدية في جنايات أخرى]

608 ـ والسن فيها خمس من الابل .

والموضحة (9) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي توضح العظم : فيها نصف عشر الدية .

والمنقلة (10) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي تحرك عظم الرأس : فيها عشر الدية ونصف عشر الدية .

والمأمومة (11) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي تفضي الى ام الرأس وهو الدماغ : فيها ثلث الدية .

(8،7،6) انظر (زروق على الرسالة : 232/2 ، 233) .

(11،10،9) انظر (قوانين الاحكام : 257) .

والجائفة في الجوف ، وهي التي تفضي الى الجوف : فيها ثلث الدية (12) .

وما سوى ذلك من الجراح فانما فيه الاجتهاد .

[دية الجنين المستهل]

609 ــ والجنين اذا سقط فاستهل : كانت ديته كاملة ان كان خطأ ،

وان كان عمدا قتل به ضارب البطن ومسقطه .

قال ابن القاسم : وانما يقتل به اذا قصد الضارب بطنها أو ظهرها أو موضعا يرى انه قصد الجنين .

وأما ان ضرب موضعا لا يرى انه قصد الجنين فلا قود عليه .

[دية المرتد]

610 ــ واختلف أصحاب مالك في دية المرتد اذا قتل قبل ان يستتاب .

قال ابن القاسم : ديته دية القوم الذين ارتد اليهم .

قال أشهب وسحنون : لا شيء على قاتله لانه مباح الدم . وبه يقول سحنون .

وذكر عن أشهب من غير رواية سحنون : ان ديته دية مجوسي ، لأنه على دين لا يقر عليه (13) .

---

12) انظر (قوانين الاحكام :257).

13) انظر الكلام في الديات مفصلة بأدلتها في (بداية المجتهد : 492/2) .

باب القسامة (*)

[أوجه القسامة]

611 ـ قال محمد : اصل مذهب مالك في القسامة ؛ أنها تكون بثلاثة أوجه :

ـ بان يقول الميت : دمي عند فلان ، ويشهد على قوله ذلك شاهدان عدلان : فيُقسم الورثة على ما قال الميت ، من عمد أو خطأ ، ويستحقون ذلك .

ـ والوجه الثاني : أن يموت الميّت ولا يقول شيئا ، فيقوم لأوليائه بعد موته لوث من بينة تشهد ان فلانا قتله .

وهذا اللوث المذكور في كتبهم لا يكون الا شاهدا عدلا .

قال أشهب عن مالك : يكون اللوث شاهدا غير عدل ، فيُقسم الورثة مع شهادته ويستحقونه .

ـ والوجه الثالث : أن يشهد شاهدان على ضربه بالسيف وجرحه ، ثمّ يعيش أياما يأكل ويشرب ثم يموت ؛ فلا يستحق الورثة دمه الا بقسامة .

وإن لم يأكل ولا يشرب ، وبقي مضرورا حتى مات : فلا قسامة فيه وديته ثابتة .

وان أنفذ مقاتله ثبت دمه بالشاهدين ، وان أكل وشرب .

---

*) القسامة : « حلف خمسين يمينا أو جزءا ما على إثبات الدم » ابن عرفة .
وهي متوالية بقولهم : (والله الذي لا إله غيره لَمِنْ ضَرْبِه مات) ويحلفها البالغ العاقل علىّ البت والجزم (الشرح الصغير : 415/4) .

[القسامة مع الشاهد الواحد]

612 ـ قال محمد : وان لم يقم على الضرب الا شاهد واحد ، وقد عاش وأكل وشرب ثم مات : فقد تنازع في ذلك/الرواة . [34 ـ أ]

فذهب ابن القاسم : انه يقسم معه ،

وقال غيره من أصحابه : لا يقسم على ذلك ، الا بان يثبت أصل الضرب والجراح ، ثم يقسم الورثة انه مات من ذلك .

قال محمد : ليس يوجب مالك دية بشاهد واحد ويمين واحدة بغير قسامة الا في موضعين :

أحدهما : الذمي يقيم شاهدا واحدا على قتل وليه ، فيحلف يمينا واحدة ويستحق دم صاحبه ،

وجعل دم الذمي كدم العبد ـ الذي هو قيمة ـ يُستحق كسائر الاموال .

والوجه الثاني : الكلب العقور يقوم على عقره شاهد واحد ، وقد تقدم الى صاحبه ، فانه يحلف مع الشاهد ، ويستحق الدية على صاحب الكلب .

وقال ابن مزين : قال اصبغ : لا يثبت شيء من فعل العجماء الا بشاهدين . فاذا قال : دمي عند فلان ، ولم يقل عمدا ولا خطأ

فان اجتمع الورثة على عمد أو على خطا حلفوا واستحقوا ذلك ،

وان اختلفوا ثبت حكم الخطا وسقط حكم العمد .

[الحالف في قسامة العمد]

613 ـ وأصل مذهب مالك : أنه لا يحلف في قسامة العمد أقل من رجلين ، ولا يحلف فيها النساء .

وأما الخطأ فيحلف فيه الوارث الواحد والمرأة ، لأنه مال وليس بدم (1) .

---

1) يحلف أيمان القسامة في قتل الخطأ وارث المقتول من المكلفين ، وتوزع الأيمان على قدر الميراث ، وإن كان الوارث واحدا يحلف ويأخذ حظه من الدية (الشرح الصغير : 417/4) .

[القسامة في العمد على واحد والقتل في القسامة في واحد]

614 ـ ومن اصلهم : انه لا يقسم في العمد الا على واحد فقط . ولا يقتل (2) في القسامة اكثر من واحد .

واما الخطا فانه يستحق بالقسامة على الجماعة .

وقال المغيرة المخزومي : يقتل بالقسامة الجماعة ، وهكذا كان في الزمن الأول حتى كانت ايام معاوية .

[انبناء القسامة على قول القتيل]

615 ـ ومن مذهب مالك : انه إن كان القائل : دمي عند فلان ، مسخوطا ، فرمى بدمه مسخوطا ، و رمى بدمه أَوْرَع من في البلد : ان حكم ذلك كله واحد ، ويقبل قوله ويستحق دمه .

---

2) حاصل المسالة ان المعتمد : انه لا يقتل بالقسامة في العمل الا واحد ولو تعدد نوع الفعل واختلف ، وغيره من الأقوال ضعيف (الصاوي على الشرح الصغير : 419/4) .

باب احكام القتل والجراح (*)

[الفرق بين الخطا والعمد]

616 ـ قال محمد : اصل مذهب مالك بن انس والرواة من اصحابه : أن كل ما تولد من التصارع والرمي عن اللعب والهزل : فحكمه حكم الخطا (1) .

وما تولد من ذلك من الجد والقتال : فحكمه حكم العمد .

انظر : فاذابلغت الجناية الخطأ ثلثَ دية الجاني أو ثلث دية المجني عليه : حملها عاقلة الجاني .

[القصاص من الوالد]

617 ـ ومن مذهبه : انه إذا رمى الوالد ولده فقتله : فانه لا يقتل به ، وتغلظ عليه الدية ، على ما شرحته في باب الديات .

وإن أضجعه فذبحه ، أو قدمه للسيف صبرا : قُتِل به (2) .

---

*) القتل شرعا : إزهاق نفس بفعل ناجزا او عقب غمرة انظر (الرصاع : 474) .

والجرح : « هو تأثير الجناية في الجسم» ابن عرفة) .

1) من الفقهاء من يرى ان القتل عند اللعب لا يعد خطا الا اذا تلاعبا معا ، واما ان لم يلاعب القتيل القاتل ففيه القود (مواهب الجليل : 240/6) .

ويذكر اصبغ : ان الجاني اذا القى حية سامة على رجل فقتلته ثم ادعى انه قصد اللعب فانه لا يصدق (التاج والأكليل : 241/6) .

2) اذا قتل الاب ابنه فان كان على وجه العمد المحض مثل ان يذبحه ويشق بطنه : فيقتص له منه ، وان كان على غير ذلك مما يحتمل الشبه او التأديب وعدم العمد فلا قصاص . وهذا الحكم ينطبق على الأم والاجداد والجدات (قوانين الاحكام : 255) .

[التكافؤ في القصاص]

618 ـ ولا يقتل حرّ بعبد ، ولا مسلم بكافر (3) .
ويقتل الرجل بالمرأة ، وبالطفل الصغير (4) .

[الجرح القاتل]

619 ـ وكل جرح افضى الى نفس : بطل حكم الجراح وصار الحكم للنفس .

[الجرح المفضي الى ذهاب جارحة]

620 ـ وكل جرح أفضى الى ذهاب جارحة ، فإن كان الجرح الأول عمدا اقتص من الجارح بمثله .

فإن ذهب منه ما ذهب من المجروح الأول : كان ذلك قصاصا (5) .

وإن لم يذهب منه ما ذهب من الأول : كان عليه ارش ذلك (6) .

والفرق بين ما أفضى الى النفس وبين ما أفضى الى جارحة أخرى : أن النفس مطلوبة في كل عضو ، وليس يطالب سائر الأعضاء الا من مكان اعيانها فقط ، فلذلك افترقا

[الدية عند العفو]

34 ـ ب] 621 ـ واذا قُتِل الرجل وله أولياء فعفا/بعضهم عن الدم : أسقط حكم القصاص ، وصار الحكم الى الدية (7) .

---

3) يقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم . فالاسلام أعلى من الحرية . ولا يقتل الأعلى بالادنى كمسلم بحرّ كتابي (الشرح الصغير : 244/4) .

4) يقتل الذكر بالانثى اذا لم يكن القاتل زائدا حرية اواسلاما (الصاوي على الشرح الصغير : 345/4) .

5) القصاص يقال له القود ايضا (قوانين الاحكام : 253) .

6) قال ابن الحاجب في هذا الصدد « ان ذهب كسمع وبصر بسراية ما فيه القصاص كموضحة اقتص له منها فان ذهب منه استوفى ، والا فعليه دية ما لم يذهب » (التاج والأكليل : 248/6) .

7) اتفق العلماء على ان لولي الدم احد شيئين : القصاص ، أو العفو . والعفو : اما على الدية ، واما على غير الدية (بداية المجتهد : 435/2) .

[بماذا يقتص من القاتل]

622 ـ ومن مذهبهم : انه نقتص من القاتل كما قتل .

إن قتله بحجر اقتص منه بحجر ، وإن كان بالعصا فبالعصا ، وان قتله خنقا ، قتل به خنقا وإن غرّقه غُرّق ، وإن سماه سما راى السلطان في ذلك رايه .

[امتناع القاتل من غرم الدية عند العفو]

623 ـ وإن عفا ولي المقتول عن القاتل على أن يندم اليه الدية ، فأبى القاتل غرمها وبذل دمه فذلك له .

هذا مذهب ابن القاسم

واشهب يخالفه ويقول : اذا وجد لحقن دمه سبيلا فليس له أن يسفكه .

واعتل في ذلك بأن قال : ألا ترى أنه إذافداه من أرض الحرب.كان على المفدى أن يغرم ما افتدى به كرها .

واعتل في ذلك أيضا مطرف بن عبد الله بأن قال : انما يحامي عن مال وارث يصير اليه بعد قتله (8)

[ثبوت السن بعد القلع]

624 ـ قال ابن القاسم : واذا قُلِعت سن الرجل فردها فنبتت : فإنّ له العقل إن كان خطأ ، والقود إن كان عمدا(9) .

---

8) رواية ابن القاسم عن مالك هي المشهورة . ودليله في ذلك حديث أنس بن مالك « كتاب الله القصاص » فعلم بدليل الخطاب بانه ليس له إلا القصاص .

وأما دليل أشهب وهي رواية عن مالك وهي راى اكثر فقهاء المدينة فهو ما رواه ابو هريرة : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو » (ن م)

9) هذا مذهب المدونة . انظر (مواهب الجليل : 262،261/6)

وخالفه المغيرة وأشهب وقالا : إن كان عمدا فعليه القصاص ، وإن كان خطأ فلا عقل فيه .

قال محمد : وإنما قالا ذلك لأن العمد القصاص فيه على ما عليه الجرح ساعة الجناية .

والخطأ إنما العقل (10) فيه على ما عليه الجرح يوم النظر .

[دية كعب المراة]

625 ـ ومن مذهب ابن القاسم : أن المرأة إذا أخذت من كعب واحدة نحو ثلث دية الرجل فما قطع من تلك الكعب بعد ذلك فانما عقله عقل المراة .

خالفه ابن الماجشون وقال : في كل أصبع مما هنالك من بعد عشرٌ من الابل ، إلا أن تكون الجناية في فور واحد .

[ما لا تحمله العاقلة]

626 ـ ومن قولهم : إن العاقلة لا تحمل عمدا ولا عبدا ولا اعترافا .

[القصاص من الموضحة]

627 ـ واختلف ابن القاسم واشهب في القصاص من الموضحة .

فقال ابن القاسم : على مقدار طول الموضحة .

وقال أشهب : على مقدارما أخذت من أجزاء الرأس يؤخذ ذلك الجزء من رأس الجاني ، لأن الرؤوس مختلفة .

---

10) دية الخطا محمولة على العاقلة استثناء من قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر اخرى » الانعام : 64 ـ ومن قوله صلى الله عليه وسلم لأبي زمنة ولولده « لا يجني عليك ولا تجني عليه » ابو داود .
والعاقلة هي القرابة من قبل الاب . (بداية المجتهد : 446/2)

[إسقاط ضرس صبي]

628 ـ وإذا جنى الرجل على صبي فأسقط سنه وقف العقل (11) .

فإن نبتت فلا شيء على الجاني .

وإن لم تنبت تم للصبي العقل الذي وقف له (12) .

فإن مات الصبي من قبل ذلك ورث عنه .

[تحمل الدية]

629 ـ ولا يحمل أهل البوادي واهل الحضر دية واحدة . ولكن إذا لم يستوعب التليل حمل الدية من أهل البادية أو الحاضرة ضم اليهم أقرب القبائل اليهم .

[ضمان صاحب الحفير]

630 ـ ومن حفر حفيرا يرصد به انسانا ، فما عطب فيه ضمنه الحافر ، كان ذلك العاطب فيه المرصود أو غيره (13) .

ولو حفر حيث يجوز له : لم يضمن ما عطب في حفيره .

[العمد في القتل والجراح]

631 ـ قال محمد : وجوه العمد في القتل والجراح مختلفة .

---

11) والعقل : ما تدفعه العاقلة . العقل في السن يكون بخمس من الابل .

12) لا تقع المبادرة بالحكم في سن الصبي الذي لم يثغر حتى يقع الياس من نباتها ، وعند هذا اليأس يحكم بالقود أو الدية

يقول خليل : « وسن الصغير لم يثغر للاياس كالقود ، والا انتظر سنة وسقط ان عادت » (مواهب الجليل : 261/6)

13) هذا الذي يحفر حفيرا يرصد به انسانا يضمن ما عطب في حفيره لانه بهذا الفعل يكون متسببا ، بحيث يقال عادة إن الهلاك حصل بواسطته ، وهو متعمد الاضرار بغيره ، ولا يضمن اذا لم يكن متعمدا .

واما المباشر فإنه يضمن مطلقا اذ تقول القاعدة « المباشر ضامن وان لم يتعمد » (المدخل الفقهي العام : 1044/2 ، 1045)

فما أمكن فيه القصاص ولم يمتنع ، فتُرِك القصاص واصطلح على الدية فيه ، فذلك الذي لا تحمله العاقلة .

وكذلك ما وجه فيه القصاص ، إلا أن موضعه من الجاني معدوم ، مثل : الأقطع يقطع يد رجل ، أو الاعمى يفقأ عين رجل ، وما أشبه ذلك ، فهذا أيضا في مال الجاني لا تحمله العاقلة .

وعمد ثالث لا قصاص فيه البتة ، كان موضع القصاص معدوما أو موجودا ، مثل : المأمومة ، والجائفة : فذلك العمد تحمله العاقلة ،

وقد اختلف ابن القاسم وأشهب في الذي يُقتل عمدا .

فقال ابن القاسم : لا تحمله العاقلة .

وقال أشهب : تحمله العاقلة ، وهو كالجائفة والمأمومة وما أشبه ذلك .

[حمل الدية المغلّظة]

632 ـ واختلف الرواة فيمن يحمل **الدية المغلظة .**

فقال ابن القاسم : هي في مال الأب .

وقال ابن الماجشون وأشهب وسحنون : تحمله العاقلة .

[دية العمد تكون في مال القاتل]

[35 ـ أ] 633 ـ قال محمد : وجل أصحاب مالك/على أن ديّة العمد اذا قبلت إنها تكون حالة في مال القاتل .

وروى ابن نافع عن مالك وحسين بن عاصم عن ابن القاسم : أنها تكون في ثلاث سنين .

[القصاص من الحر والعبد]

634 ـ ولا قصاص بين الحر والعبد في الجراح ، كان العبد هو الجارح أو المجروح .

والقصاص بين الحر والعبد في النفس اذا كان العبد القاتل .

والقصاص بين العبيد في النفس والجراح كهيئته بين الاحرار، وذلك يرجع الى إرادة ساداتهم لا إرادة العبيد انفسهم (14) .

---

14) انظر : (ابن ناجي على الرسالة : 242/2 و243) .

باب حدّ القذف (*)

[ما يجب به حد القذف]

635 ـ قال محمد : أصل ما يجب به الحد في هذا الباب ثلاثة أشياء :

- بالقذف المصرح بالزنى ،
- وبالنفي من النسب (1) ،
- وبالتعريض فيهما جميعا (2) .

[القذف بوطء محرم]

636 ـ وكلّ من قذف رجلا بوطء محرم لا يجب فيه الحدّ : فلا حدّ على القاذف ، وإنما فيه النكال .

وإن قذفه بوطء يجب فيه الحد والرجم : فعليه فيه الحد .

---

*) القذف عند ابن عرفة اعم ، واخص بايجاب الحد .

فالاول : نسبة آدمي وغيره لزنا او قطع نسب مسلم

والثاني : نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا ، او صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم (مواهب الجليل : 298/6)

1) إذا قذف المسلم ذميا زجر واذا قذف نصرانية وهي زوجة مسلم نكل ، واما اذا افترى الذمي على مسلم فانه يحد (التاج والاكليل : 298/6)

قال ابن رشد : يجب حد القذف على مذهب مالك في وجهين : أحدهما أن يرميه بالزنا ، والثاني أن ينفيه عن نسبه (ن.م : 300/6)

2) من صور التعريض ما ذكر في كتاب الموازية « ان قال رجل لرجل في مشاتمة اني لعفيف الفرج وما انا بزان حد » (ن.م : 303/6)

[حدّ نفي النسب]

637 ـ واذا نفى مسلما عن أبيه ، وأبوه علي غير دين الاسلام ، حد له .

وكذلك إن قاله لعبده وأبواه حران مسلمان .

[العفو عن القاذف]

638 ـ ومن الأصل في هذا الباب : انّه لا يجوز العفو عن القاذف إذا بلغ السلطان ، (3) إلّا أن يريد سترا .

ووجه ذلك : أن يكشفه الامام : فان احسّ أن المقذوف إن طولب الكشف عليه صدق ذلك ، أجاز عفوه عن قاذفه .

3) التعازير يجوز فيها الشفاعة والعفو وان بلغ أمرها الى السلطان . وأما الحد فالعفو فيه يكون قبل بلوغه الى الامام إلا إذا كان عفو من الابن عن أبيه أو عن جده ، فهو جائز ولو بعد بلوغ الأمر الى الامام (مواهب الجليل : 305/6) .

باب حدّ الزنا (*)

[درء الحد بالشبهة]

639 ـ قال محمد : من أصول هذا الباب قولهم : ان الحدود تدرأ بالشبهات (1) .

[عدم الجمع بين الرجم والحد]

640 ـ ولا يقام مع الرجم شيء من الحدود ولا من القصاص ، كانت لله أو للناس، إلا حدّ الفرية .

[الحد بعد البلوغ]

641 ـ ولا يحدّ الصبي ولا الصبية حتى يحتلم الغلام وتحيض الجارية أو يأتي عليهما من السنين ما لا يبلغه أحد إلا كان بالغا ؛ فيجب حكم الحد حينئذ (2) .

---

*) اصل اشتقاق كلمة الزنا من الضيق والشيء الضيق لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجا لا ينسب اليه (مواهب الجليل : 290/6)

وشرعا قال ابن عرفة : «الزنا تغييب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة عمدا » (التاج والاكليل : 290/6)

ويلاحظ ان ابن حارث تكلم في هذا الباب عن حد الزنا ، وبعض الحدود الأخرى ، وما لا حد فيه .

1) يوضح المقري ان الشبهة التي تدرأ حد الزنا على ثلاثة انواع :

- شبهة في الفاعل كالذي يطأ اجنبية يظنها زوجته .
- شبهة في المفعول كالأمة المشتركة يطأها احد الشريكين .
- شبهة في طريق النكاح كالمختلف فيه اختلافا قويا .

(قواعد المقري : 267 مخطوط دار الكتب بتونس رقم 14682) .

2) شرط ايجاب حد الزنا ان يكون الزاني مكلفا مسلما (التاج والاكليل : 290/6) .

[ما يضم وما لا يضم من الحدود]

642 ـ وحد الخمر وحد الفرية : واحد يجزي عنهما .

وحدّ الزنا ان ظهر بكوا وحد الفرية : حدان .

ابن الماجشون يقول : يدخل حد الفرية في حدّ الزنا .

[حد من اشترى اخته]

643 ـ واذا اشترى أخته فوطئها ، فإن أعذر بالجهالة ولم يظن به أنه يعلم أنها تعتق عليه لم يحد .

[ما فيه الحدّ وما لا حدّ فيه من النكاح]

644 ـ ويجب على الرجل الحد في نكاح الخامسة ، والمطلقة ثلاثا ، والأخت من الرضاعة (3).

ولا يحد في المتزوجة على عمتها او خالتها ، ولا نكاح المتعة ، ولا النكاح في العدة .

وقد روى علي بن زياد عن مالك : انه يحد في نكاح العدة .

ولا يحد في وطء المرتدة بعد ارتدادها ، اذا كانت زوجة وأمة .

ولا يحد في ملك يمينه ، اذا كانت اخته من الرضاعة ، ولا عمته بملك اليمين ، لشبهة الملك .

---

3) من تزوج خامسة ، او تزوج اخته من الرضاعة ، او تزوج مطلقته ثلاثا قبل أن يطأها زوج اخر ، فإن ادعى الجهالة أو التحريم ومثله يجهل ذلك فلا حد عليه ، وان كان عالما ولم يعذر بجهله فانه يحد ولا يلحق به الولد .
ونقل ابن حبيب عن أصبغ : أن هذا هو حكم من تزوج أخته من النسب أيضا
وقال ابن القاسم : إن هذا هو حكم من تزوج حتى غير الاخت من ذوات المحارم (ن.م : 293/6)

واذا وطيء أم ولده بعد العتق ، أو زوجته في عدتها من طلاقها ثلاثا ، فإن كان عالما حدّ ، وإن كان ممن يعذر بالجهالة لم يحد .

ومن وطيء أمة فعليه الحد (4)

4) ان من اعتق امة ثم وطئها دون ان يعتد عليها فانه يحد إذا لم يعذر (ن.م : 293/6)

باب حدّ السرقة (*)

[تقويم السرقة]

645 ـ قال محمد : الأصل في تقويم السرقة : أن تقوم بالدراهم ، فان بلغت ثلاثة دراهم قطع ، وان لم تبلغ لم يقطع (1) . وإن كان قيمته ربع دينار ، الا أن يسرق ربع دينار ذهبا فيقطع .

[سرقة الجماعة]

646 ـ والأصل فيما تسرقه الجماعة (2) أن ينظر : فإن كان شيئا توزعوا حمله ، أخذ كل واحد منهم شيئا فخرج به : لم يقطع كل واحد منهم ، إلا أن يخرج/ما قيمته ثلاثة [35 ـ ب] دراهم .

---

*) عرف خليل السرقة في « التوضيح » بما يلي : « اخذ المال خفية من غير ان يؤتمن عليه » (مواهب الجليل : 306،305/6)

1) نقل عن ابن القاسم ان السارق اذا اخرج المسروق من البيت على مرات يخرج في كل مرة بما قيمته درهم أو درهمان ، فانه لا يقطع حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم .

وخالف في ذلك سحنون فقال : يقطع اذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه القطع إذا كان ذلك في فور واحد .

وهذا فيما يحتمل ان يكون السارق عاد فيه لسرقة اخرى .

واما ما يجده مجتمعا فلا يقدر على اخراجه في مرة واحدة فيضطر لنقله شيئا فشيئا فان عمله يعتبر سرقة واحدة لان خروجه كان بنية العود . ولا يصدق اذا ادعى انها سرقة اخرى بنية اخرى : (ن. م 309،308/6)

وذكر ابن القاسم انه لا يكتفي في تقييم ما سرق برجل واحد بل يقيمها عدلان دون نظر الى من خالفهما في القيمة (النوادر ، الجزء الأخير : 97 أ مخطوط دار الكتب الوطنية 5770)

2) اذا تكونت الجماعة من مكلف وغير مكلف كالصبي والمجنون ، قطع المكلف ولم يقطع غيره من المشاركين له (المدونة : 277/6) .

وإن كان شيئا يحملونه : قطعوا كلهم .

وإن حملوه على احدهم ولم يعينوه : فلا يقطع الا الذي أخرجه فقط .
فإن أعانوه : قطعوا . إلا أن يكون مما لا يحتاج فيه الى معاونتهم . فلا يقطع (3) .

[وجوب القطع]

647 ـ وكل سارق ، فلا يجب عليه القطع حتى يخرج السرقة من حرزها ، وتكون قيمتها ثلاثة دراهم فصاعدا .

[حرز المسروق]

648 ـ وجملة القول في الحرز : أن كل شيء له مكان معروف : فمكانه حرزه . وكل شيء له حافظه ، فحافظه حرزه .

[ضمان السارق]

649 ـ والاصل : أن السارق المقطوع : لا يضمن السرقة . إلا أن يكون موسرا يوم السرقة ، ويتمادى ذلك الى يوم القطع (4) .

[حد المحارب]

650 ـ وكل محارب : فالامام فيه مخيرٌ ، ما لم يقتُلْ .
فإن قتل لم يكن للامام فيه خيار ، ووجب عليه قتله (5) .

---

3) قال ابن رشد في المقدمات : « يجب القطع في النصاب باخراجه من الحرز سرقه واحد من واحد او جماعة من جماعة او جماعة من واحد او واحد من جماعة اذا تعاونوا في اخراجه لحاجتهم الى التعاون في ذلك (مواهب الجليل : 309/6)

4) هناك صورة يقع فيها ضمان قيمة المسروق دون ان يقطع السارق ، وهي صورة أكل السارق الطعام المسروق قبل خروجه من بيت ربه (الكليات الفقهية لابن غازي ـ كتاب الحدود ، **الكلية الأخيرة**) .

5) المحارب هو الباغي المعتدي على أمن الجماعة بمحاربة الناس خارج المدن وأخذ اموالهم **وأصل هذا** الحكم من قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض » المائدة : 33 .

باب أحكام الغائب (*)

[القضاء على الغائب]

651 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس : أن القضاء (1) يجري على الغائب كما يجري على الحاضر ، الا أن يبقى على حجته إذا قدم .
إلا في الرباع ، فإنه لا يحكم عليه فيها .

هكذا روى ابن القاسم عنه .

وأنكر ذلك ابن الماجشون من رواية ابن حبيب وقال : يقضي عليه في كل شيء (2) .

ومن قولهم في الغائب : ان السلطان إذا قضى عليه بالحق ، باع عليه وقضى عنه . وليس يقتضي له حقا ، ولا يقبض له شيئا .

---

*) الغائب : هو الذي فُقد ولم يدر له مكان . وتتعلق به أحكام كثيرة تختلف باختلاف مكان فقده ، كما سيأتي بيانه اثناء الباب .

1) انظر التعريف الشرعي للقضاء أول باب الأقضية أعلاه . .

2) الى هذا مال ابن رشد ، فأوضح ان الغيبة اذا كانت بعيدة يحكم على الغائب في كل شيء : الحيوان والعروض والدين والرباع والأصول ، وترجى حجته في ذلك ، وذلك اذا كانت الطريق مأمونة مسلوكة ، اما ان لم تكن كذلك فانه يحكم عليه وان كانت الغيبة قريبة . .

وقال ابن شاس : « القضاء على الغائب نافذ ويحلف للقاضي المدعي بعد البينة على عدم الابراء والاستيفاء والاعتياض والاحالة والاحتيال والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحق» (التاج والأكليل : 144/6) .

[نفقة الغائب على زوجته]

652 ـ واذا كان الغائب في غيبته عديما معسرا ، لم يجب عليه لامرأته نفقة أنفقتها على نفسها .

وإن كان موسرا في غيبته ، وجب عليه غرم النفقة طول تلك المدة (3) .

[ميراث الغائب]

653 ـ واذا وجب لغائب ميراث : لم ينبغ لوصي الميت أن يبيع شيئا من المال حتى يرفع الأمر الى السلطان ، فيوكل للغائب من ينظر له .

[عفو الغائب عن الدم]

654 ـ واذا وجب لغائب وحاضر دم : لم يجب للحاضر أن يقتل ، لأن الغائب قد يعفو فلا يجب القتل ، ولكن ان عفا الحاضر جاز العفو .

[شفعة الغائب]

655 ـ ومن حكم الغائب : انه اذا وجبت له شفعة : لم تنقطع عنه أبدا ، علم بها أو لم يعلم (4) .

---

3) لكن ان ادعى عند قدومه من مغيبه انه كان معسرا مدة الغيبة وأنكرت ذلك المرأة :

فان كان حاله عند الخروج مجهولا فقال ابن القاسم يستدل بحالة قدومه على حالة غيبته فيصدق مع يمينه ان قدم معدما ولا يصدق ان قدم موسرا ، لأن الأصل عدم تغيير الحال ....

وان كان حاله عند الخروج حال المعدم فالانفاق يسقط عنه ولا يعود الا بيمين .

وهناك تفصيل آخر يتعلق بحال الجهل عند الخروج انظر (ميارة على تحفة الحكام : 255،254/1) .

4) في المدونة : « ان الغائب على شفعته وان طالت غيبته وهو عالم بالشراء ، وان لم يعلم فهو احرى » .

وظاهر ذلك ان الغيبة القريبة والبعيدة سواء .

لكن اشهب قيد الغيبة بالبعيدة ، ولم يعتبر الغيبة القريبة من الأعذار التي يبقى معها الشفيع على حقه في الشفعة .

قال ابن عاصم :

وغائب باق عليها وكـــذا ... ذو العذر لم يجد اليها منفذا

[ظهور الغائب بعد نعيه]

656 ـ واذا نعي الغائب الى زوجته ، فاعتدّت ، وتزوجت ، وبيعت أمواله ، واقتسمها ورثته ، ثم أتى حيا : فإن زوجته ترجع اليه (5) . ويستردّ جميع ما وجد من أمواله قائمة بعينها .

[استحقاق السيد عبيده بعد غيبته]

657 ـ وما حدث في الرقيق من عتق أو إيلاد : لم يمنعه ذلك من قبضهم بلا ثمن وهو مستحق لجميعهم وهذا إذا قصد الشهود على موته الزور ، أو كان ذلك من أمره غير ثابت في ظاهره .

وأما إن كان للشهود شبه عليهم (6) وثبت ذلك في الظاهر ، فانه لا سبيل الى ما وجد من أمواله قائما الا بالثمن الذي دفعه المشتري . وما دخل عبيده أو نساءه من العتق والايلاد والكتابة والتدبير : فهو فيهم فوت ، وانما له الثمن الذي بيعوا به .

[رد زوج الغائب إليه]

658 ـ وأمّا المرأة فهي ردّ اليه في الجملة (7) .

ويبقى حق الغائب الذي لا يعلم بالشفعة ، قائما ، مراعاة لعذره واذا رجع فان حقه لا يسقط الا اذا سكت عن المطالبة مدة سنة ليس فيها مانع يمنعه من طلب الشفعة (حلي المعاصم ـ البهجة : 107/2) .

5) لا تفوت الزوجة بالدخول في هذه الحالة ، وفي ذلك يقول خليل : « وان نعي لها فلا تفوت بدخول » ويقول القاضي المكناسي : « ... التي نعي لها زوجها ويأتيها خبره انه توفي فتتزوج من غير اثبات ثم يقدم فهو احق بها أبدا » .) وذلك سواء حكم بموت الزوج او لم يحكم بموته .

وهذا القول هو المشهور في المذهب ، وهناك قول آخر بان دخول الثاني يفوتها على الأول وهو مذهب اسماعيل القاضي (مجالس المكناسي : 13 ب) .

6) الشبهة التي تدفع عن الشهود تعمد الكذب وتجعلهم معذورين في خطاهم . مثالها ان يقولوا : انهم رأوا هذا الزوج الذي نعوه طريحا في ساحة القتال فظنوه ميتا .

7) عد ابن فرحون المسائل التي لا يفيت فيها الدخول بالزوجة على زوجها الأول ، فجعل منها هذه المسالة وعبر عنها بقوله : « المنعي اليها زوجها تتزوج ويدخل بها الزوج ثم يأتي زوجها فانها ترد اليه على المشهور » (المسائل الملقوطة : 1 ب) .

ويلاحظ ان التي ترد الى زوجها الأول بعد أن دخل بها الثاني يكون على الزوج الذي ردت اليه ان لا يطأها حتى تحيض وان كانت حاملا حتى تضع حملها (مواهب الجليل : 158/4) .

[الاحكام الناجمة عن فقد الزوج]

659 ـ وإذا فقد (8) الرّجل ورفعت أمرها الى السلطان : كتب في أمره واستنصى ، فإن لم يجد له خبرا ضرب لامرأته أجل أربعة أعوام ثم اعتدت وتزوجت ، ووقفت أمواله حتى يأتي عليه من السّنين ما لا يعيش معه الى مثله (9) .

وان مات من ورثته الحاضرين أحد : وقف له ميراثه ، فان أتى عليه من السنين ما لا يعيش الى مثله(10)اقتسم ماله ورثته الذين يرثونه في ذلك الوقت ليس يوم فُقد .

وما وقف له من ميراث من مات ممن يرثه،فانه ردّ الى ورثة ذلك الهالك الذي
36 ـ أ كان/حاضرا لأنه لا يرث أحد أحدا بشك .

[متى يكون الزوج أحق بزوجته]

660 ـ فان أتى المفقود حيا بعد أن تزوجت امرأته : كان أحقّ بها ما لم يدخل الثاني ، فان دخل فلا حق له فيها .

وكذلك التي يبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة .

---

8) الرجل المفقود عرفه ابن عرفة بقوله « من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه » فلا يعد مفقودا من علم خبره كالأسير ولا من لا يستطاع الكشف عنه كالمحبوس فلا يحكم بفقده (حدود ابن عرفة) .
وقد بدأ ابن حارث بالكلام على أحد انواع المفقودين وهو الذي يفقد في أرض الاسلام في غير حرب .

9) قال ابن أبي زيد : « المفقود يضرب له اجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك وينتهي الكشف عنه . ثم تعتد عدة الموت ثم تتزوج ان شاءت . ولا يورث ماله حتى يأتي عليها من الزمان ما لا يعيش الى مثله. تفسير المدونة 43/2 »
وهكذا يفصل بين زوجة هذا المفقود وماله ، فالزوجة لها أن تتزوج بعد العدة . والمال فلا يورث الا بعد أن تأتي عليه مدة التعمير . وقد نظم ابن عاصم هذا المعنى في البيتين التاليين :

ومــن بأرض المسلميـن يفقد   فاربـع مـن السنين الأمــد
وباعتداد الزوجة الحكم جرى   مبعضـا والمـال فيـه عمرا

والتبعيض هنا الحكم يرمه باعتبار الزوجة وبحياته باعتبار المال (ميارة على تحفة الحكام : 267/1) .
ولاحظ ابن رحال ان هذا الحكم انما ينفذ على الزوجة إن دامت نفقتها (حاشية ابن رحال على الشرح المذكور : 267/1) .

10) اختلف في تقدير مدة التعمير التي لا يعيش الى مثلها على أقوال تتراوح بين السبعين والمائة والعشرين سنة ، واعتمد خليل القول بانها خمس وسبعون وهو ما شهره بعضهم (اسهل المدارك : 135/2) .

وكذلك الذمية تسلم ، وزوجها غائب ، فتتزوج وقد أسلم الزوج في عدتها (11) ؛ فان أدركها قبل أن يدخل بها الثاني فهو أحق بها . وان دخل الثاني فلا شيء له .

قال المغيرة : الأول أحق على كل حال .

قال ابن الماجشون : إن كان الزوج أسلم في العدة : فلا شيء له ، إذا أدركها وقد دخل بها .

وان كان انما أسلم قبل إسلامها ، فهو أحق بها على كل حال : دخل بها الثاني أو لم يدخل .

[حالات فقد الزوج]

661 ـ قال محمد : وهذا المفقود الذي وصفتُ حكمه هو الذي يخرج من بيته ثم لا **يُدْرَ أين هو** .

وأما المفقود في صف المسلمين وفي معترك الحرب ، ففي ذلك اختلاف .

روى عيسى عن ابن القاسم انه لا تتزوج امرأته حتى يأتي عليها من السنين ما لا يحيا الى مثلها .

وقال سحنون من رواية ابنه محمد : انها تعتد من الحين الذي رئي في الصف أو في المعترك .

---

(11) الأصل ان الزوجين الكافرين اذا اسلما في وقت واحد يقران على نكاحهما اذا خلا من الموانع دون أن يبحث في ذلك عن الولي والصداق .

واذا سبق الزوج الى الاسلام أقر على زواجه اذا كانت زوجته كتابية أو كانت غير كتابية وأسلمت بأثره .

اما ان سبقت هي الى الاسلام ولم يكن قد بنى بها فانها تبين منه .

وان كان بعد البناء أقر عليها إن أسلم في عدتها وإن أسلم بعد انقضاء العدة بانت منه (أسهل المدارك : 102/2) .

وأصبغ بدل في كتب الأصول من تأليفه : انه يتلوّم عليه تلوما دون أجل المفقود . قال : وقد قال بعض الناس : ان ذلك التلوّم سنة ، ثم تعتد **(12)** .

قال ابن القاسم من رواية عيسى : والمفقود الثالث هو الذي يخرج في فتن المسلمين ، انما يتلوم ذلك بقدر ما يعرف من هرب او انهزام لا غير **(13)**.

وذكر أصبغ فقيد دار الحرب فقال : ذكر قوم أنه كفقيد دار الاسلام .

وقال آخرون : لا تتزوج امرأته حتى يأتي عليه من السنين بقدر ما لا يحيا الى مثله .

---

12) هذا القول هو الذي اعتمده خليل حيث قال : « وفي المفقود بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر » . أي تعتد في الفقد للزوج في القتال بين المسلمين والكفار بعد سنة كائنة بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عنه .وقد جرى بهذا القول القضاء في الأندلس . انظر (ميارة على تحفة الحكام : 267/1؛ مواهب الجليل للسيناوني : 133/1) .

13) زوجة الرجل المفقود في عهد فتنة جرت الى صراع بين المسلمين تعتد بعد الفراغ من القتال والاستقصاء في الكشف عنه ولا يضرب لها اجل إذ يحمل أمره على الموت . (اسهل المدارك : 136/2) .

باب احكام البنيان

[التداعي في الجدار]

662 ـ قال محمد : ومن أصولهم في هذا الباب : أن الرجلين اذا تداعيا جدارا بين جداريهما : أنه ينظر الى عقد الحائط :

فمن كان معقودا ببنيانه : فهو له دون بنيان صاحبه ، لأنه هو حائز له دون صاحبه ، يدخله في بنيانه دون بنيان صاحبه (1) .

وإن لم يكن معقودا ببنيان احدهما ، أو كان معقودا الى أحدهما من جانب والى الآخر من جانب : فانه بينهما نصفان (2) .

[اتخاذ باب للدار]

663 ـ قال محمد : وأصل مذهب مالك : أن الطريق الشارع النافذ : للرجل أن يفتح باب داره منه إن شاء وكيف شاء ، وإن قابل ذلك باب جاره لم يمنع ذلك .

وكذلك اخراج بابه إن أراد إخراجه كيف شاء .

---

1) يقول عبد الله بن أبي زيد القيرواني في هذه المسألة « يقضى بالحائط لمن اليه القمط والعقود » والمراد بمن له القمط والعقود من كان بعض بنيانه متداخلا في بعض بنيان الجدار المتنازع في ملكيته ، ويعتبر هذا التداخل بمنزلة شاهد يشهد له ويكون عليه مع ذلك اليمين ليستحق الجدار(الفواكه الدواني : 258،257/2) .

2) وانما يقضى بذلك بمعرفة العدول من أهل المعرفة ، ويقبل اخبار غير العدول اذا انفردوا بمعرفة ذلك .

وهذا اذا لم تشهد بينة ان الجدار لأحدهما فان شهدت بينة بذلك لم ينظر الى عقود البنيان (ن ، م : 258) انظر (البهجة : 320/2 ، 321) .

وانما يمنع من مقابلة باب جاره في الطرق التي لا تنفذ (3) .

ومن قولهم : ان للرجل أن يبني داره ، وأن يرفع بنيانه حيث شاء (4) ، وإن ذهب ذلك بنور دار جاره .

[كنس المرحاض]

664 ـ وإذا كان للرجل سفل دار وللآخر علوها ، وكان مرحاض الأعلى منصوبا في مرحاض الأسفل ؛ فكنس المرحاض على صاحب الأسفل .

وهكذا قال أشهب وابن عبد الحكم .

وقال ابن وهب وأصبغ : كنسه عليهما جميعا على عدد الجماجم (5) .

[تصرف صاحب العلو]

665 ـ ومن حكم الدار التي سفلها لرجل وعلوها لآخر : أنه ليس لصاحب العلو أن يزيد في بنيان العلو شيئا ، ولا له ان يرفعه زيادة على ما هو عليه .

وإذا كان لرجل رف على حائط في دار رجل : كان للرجل ، الذي الرف اليه ، ما تحت ذلك الرف يبني فيه ما شاء .

---

3) في السكة النافذة يكون لرب الدار ان يفتح ما شاء أو يحول بابه حيث شاء كما جاء في المدونة .
وأما غير النافذة فهي مملوكة لارباب الدور التي فيها فلا يفتح باب جديد فيها الا برضى الجميع (تبصرة ابن فرحون : 365/2 ، 366) .

4) لصاحب الدار ان يتصرف في الهواء الذي فوقها بالبناء ونحوه ، واذا كان البناء وقفا فان الهواء الذي فوقه يتبعه ويكون وقفا أيضا . وظاهر المذهب المالكي ان ما يكون اسفل البناء لا يكون له حكم ما فوقه
وقد عقد القرافي لذلك فرقا ومما جاء فيه قوله :
« ان الناس شأنهم توفر دواعيهم على العلو في الابنية للاستشراف والنظر الى المواضع البعيدة من الانهار ومواضع الفرح والتنزه والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم وغير ذلك من المقاصد ولا تتوفر دواعيهم في بطن الأرض على اكثر مما سيتمسك به البناء من الأساسات » (فروق القرافي : 17/4 ، الفرق : 212) .

5) يريد : عدد المتساكنين ، ويعبر بعضهم بالرؤوس .

ولا شيء له فيما فوق الرف .

وليس له اذا بلغ الرف ان ينطعه ، ولا أن يدعه ، ويبني عليه من فوق ذلك .

[السكنى على وجه الارتفاق]

666 ـ واذا أذن الرجل أن يُبنى في عرصته ويسكن على وجه الارتفاق (6) /ففعل : [36 ـ ب]

فليس له أن يخرجه بالحضرة ولا بالقرب من ذلك ، حتى يسكن ما يرى انه لم يأذن له في البنيان الا ليسكن مثل تلك المدة (7) ، فحينئذ يأمره بالقلع ، أو يعطيه قيمته مقلوعا بالأرض .

وكذلك إذا أذن له أن يجعل على حائطه خشبا ، ثم وقع بينهما شر ، فأمره بالقلع : فليس ذلك له ، لأن هذا انما مخرجه الضرر . ولكن ان احتاج الى حائطه لم يمنع ذلك (8) .

[دخول محل الجار لاصلاح جدار خاص]

667 ـ واذا أراد الرجل أن يدخل دار جاره لطر (9) حائطه كان ذلك له ولا يمنع منه . إلا أن عليه أن يجدد منه مقدار ما يريد أن يطر عليه (10) .

[اصلاح الجدار المشترك]

668 ـ قال سحنون : اختلف أصحابنا في الحائط بين الرجلين يحتاج الاصلاح أو ينهدم فلا يريد أحدهما الاصلاح :

---

6) الارتفاق : منافع تتعلق بالعقار . وهو من مكارم الاخلاق التي بعث عليه الصلاة والسلام لتتميمها وحكمه الاستحباب .

انظر امثلة لارفاق الجار في (ميارة على تحفة ابن عاصم : 163/2) .

7) إن حدث منفعة الارفاق بزمان عمل على ذلك ووقف عنده . وان لم تحد فلابد من ترك المرفق مقدارما يرى أن ذلك يحسن بين الجيران وقوعه (ن ، م : 163/2) .

8) قال محمد بن أحمد : إن كان المرفق احتاج الى حائطه حاجة مؤكدة ، كان ذلك له ، إذا كان قد مضى من الزمان قدرما يرى انه انتفع المرتفق بالتعليق (ن ، م) .

9) طر البنيان : جدده . والحوض : طينه .

10) يعد ذلك من حق صاحب الحائط على صاحب الدار . ومثل ذلك أيضا من له شجر في أرض غيره . ومثله أيضا من أراد أن يصلح سقوف داره أو يبني فيها شيئا . (تبصرة ابن فرحون :373/2) .

فمن أصحابنا من يجبر الذي لا يريد أن يصلح على الاصلاح .

ومنهم من قال : لا يجبر ان يصلح اذا لم يرد ذلك . ومن أراد ان يصلح قيل له : أصلح إن شئت في حقك (11) .

[اصلاح الجدار الخاص]

669 ـ وقال ابن القاسم من رواية عيسى : اذا كان حائطه بين دارين فهدمه أحدهما فعليه أن يرده ان كان هدمه على الضرر . وإن هدمه لاصلاح فعجز عنه أو انهدم من غير ان يهدم : فلا يجبر على بنيانه ، ويقال للجار : استر دارك ان شئت (12) .

قال سحنون من رواية العتبي : يجبر على بنيانه كما كان .

وروى يحيى عن ابن القاسم : انه يجبر على بنيانه كان هو هادمه أو انهدم من غير هادم إذا كان قويا على بنيانه . فان كان ضعيفا عنه لم يجبر .

[رفع خشب جدار بين دارين]

670 ـ وإذا كان جدار بين رجلين ، لكل واحد منهما عليه حمل خشب من جانب داره ، وخشب أحدهما أسفل من خشب صاحبه ، فأراد رفع خشبه الى موضع خشب صاحبه : فذلك له . وليس له أن يرفعها الى أعلى من خشب صاحبه .

[اصلاح البئر في حائط المساقاة والأرض المكتراة]

671 ـ قال محمد : ومن أصولهم في هذا الباب ، قولهم في بئر حائط المساقاة تنهار ولا

---

11) قال ابن عاصم في شأن الجدار الذي يهدم بسبب اقتضى ذلك كخوف سقوطه :

وإن يكن للنقض فالحكم ان ... يبني مع شريكه وهو السنن

من غير اجبار فان أبى قسم ... موضعه بينهما اذا حكم

(حلي المعاصم : 320/2) .

12) تذكر هذه الرواية حكم الجدار الواقع بين دارين يملكه صاحب إحداهما . فاذا انهدم بأمر سماوي أو هدمه مالكه خشية سقوطه لميلانه وتلاشيه فإن من أبى بناءه لا يجبر على ذلك وان كان قادرا ، وهذا هو المشهور (البهجة : 319/2) .

يريد رب الحائط العمل : أنه يقال للمساقي : أنفق إن أحببت ، وتكون أولى بحصة صاحبك في الثمرة ، فان فضل له فضل أخذه (13) .

وإن بقي للمساقي فضل فلا شيء له عليه .

وكذلك إن ساقاه الحائط لسنين ، لم يكن للعامل أن ينفق إلا مقدار حصة رب الحائط في الثمرة تلك السنة التي عمل فيها ، وما زاد من النفقة فلا شيء له في نصيبه في سنة أخرى (14) .

وكذلك مكتري الأرض ، تنهار البئر فلا يحب رب الأرض أن يبني : فانه ينفق المكتري ويستوفي ذلك من كراء سنته ، فإن زاد على ذلك لم يكن له شيء (15) .

[اصلاح الجدران]

672 ـ واذا كان حائط فيه كرم بين أشراك ، فتساقطت جدرانه ، فدعا بعضهم الى الاصلاح ولم يرد الآخرون : فإن كان منسوما ، الا انه كانت تضمه الحيطان فلا حجة لبعضهم على بعض .

ومن أراد أن يحرز متاعه أحرزه (16) . ومن أراد ترك .
وان كان غير منسوم ، قسم ، وكان ذلك .

وإن لم تكن قسمته لنمر فيه ، أو لغير ذلك : أنفق من أحب في صيانته ، وكان أحق بنصيب الآخرين .

---

13) كذلك يكون لمن اخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سنى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك (مواهب الجليل : 383/5)
14) انظر (ن ، م : 383/5) .
15)من اكترى ارضا لمدة سنوات فانهدمت بئرها بعد ان زرعها وابى ربها اصلاحها يكون له ان ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء ، وما زاد على ذلك يكون به متطوعا (ن ، م : 445/5) .
16) انظر (البهجة : 320/2 التنبيه الثاني) .

[اصلاح البيت المشترك إذا انهدم]

673 ـ واذا كان بيت بين رجلين فانهدم ، فأراد احدهما اقامته ولم يرد الآخر : فانه ينسم بينهما ، فمن أراد العمل عمل ومن أراد الترك ترك .

[اصلاح البئر المشتركة بين حائطين]

674 ـ وأما البئر بين الحائطين تنهار ، فيريد احد الشريكين العمل ، ولا يريد الآخر : فانه يقال لمن أبى العمل : إما أن تناوي صاحبك ، أو تبيع من حصتك ما يعمل منه .

وإن نقص ماء هذه البئر ، فأنفق أحدهما حتى غزرت ، فإنه أولى بفضل الماء من صاحبه حتى يعطيه ما أنفق .

[اقامة الرحى المشتركة]

[37 ـ أ] 675 ـ واذا كانت الرحى بين أشراك/فانهدمت ، فأقامها أحدهم إذ لم يرد الباقون إقامتها وصارت الى حد الغلة : فإن الغلة كلها للذي أقامها ، وأنفق فيها ، ويكون عليه لأصحابه أجر أنصبائهم خرابا غير معمول . هذا قول ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون : الغلة بينهما على حسب الأنصباء ، ويستوفي المنفق من أنصبائهم ما أنفق .

وقال ابن دينار وابن وهب : يكون شريكا بما زاد عمله مع المتقدم في غلة الرحى ، ويكون له أجر ما قام في حصص أصحابه .

[البنيان الذي يضير بالأندر]

676 ـ واذا كان لرجل أندَر يلاصق لأرض رجل ، فأراد صاحب الأرض أن يبني في أرضه بنيانا يمنعه من الريح عند الذري ، وفي ذلك بطلان الأندَر (17) :

---

17) الأندر ـ بفتح الدال ـ : الكدس من القمح خاصة ـ ج : أنادر ـ والبيدر .

قال ابن القاسم من رواية يحيى : ليس ذلك له .

واختلف قول سحنون في ذلك :

فمرة قال : ذلك له ، وهو كالذي يحدث ما يمنع جاره الضياء والنور .

ومرة قال : ليس له أن يحدث على الأندر ما يبطله ، اذا كان الأندر قديما .

وليس له أن يحدث الأندر على البنيان اذا كان ذلك يضر بالبنيان (18) .

(18) نقل التسولي عن ابن رشد تقسيم الضرر الى ثلاثة اقسام :

- ما يمنع منه باتفاق كالفرن قرب المنازل الآهلة .
- ما لا يمنع منه باتفاق وهو الذي يضر بالمنافع كاحداث حمام قرب حمام اخر .
- ما وقع فيه الاختلاف كأن يحدث في أرضه بناء قرب اندر جاره فيمنع بذلك الريح .

وهي المسألة التي ختم بها ابن حارث باب البنيان . ويرى فيها ابن القاسم منع الضرر . ويختلف فيها قول سحنون . قال ابن رشد : والأظهر المنع . (البهجة : 317/2) .

باب حكم المجهول (*)

[طلاق احدى الزوجتين من غير تعيين]

677 ـ قال محمد : ومن أصلهم في هذا الباب : الرجل تكون له المرأتان فيطلق واحدة ، ولا يدري المطلقة ، وواحدة قد دخل بها ، وأخرى لم يدخل بها ، ثم يموت على تلك الحال في العدة :

فان للمدخول بها الصداق كاملا من أجل الدخول ، لأن كل مدخول بها فقد وجب صداقها بالدخول (1) . ولها ثلاثة أرباع الميراث ،

والتي لم يدخل بها ثلاثة ارباع الصداق وربع الميراث .

وبيان ذلك : أن التي لم يدخل بها لها نصف الصداق (2) على كل حال ، كانت هي المطلقة أو لم تكن ، والنصف الثاني يزول مرة ويثبت أخرى ، فيكون لها نصفه ، فذلك ثلاثة ارباع الصداق ،

---

*) المراد بالمجهول : كل شيئين (أو أكثر) تعلق بأحدهما حكم على الشياع ولم يُدْرَ من بينهما : لعدم التعيين ، أو للشك ، أو للجهل أصلا . مثل : طلاق الرجل إحدى زوجتيه دون تعيين إحداهما ـ الطلاق بالشك ـ اللقيط المجهول الديانة ـ قيمة الرهن الضائع ـ موت الوارث والمورث وجهل السابق منهما ، الخ .

1) للمدخول بها صداقها المسمى ، فان لم يكن قد سمى لها صداقا ، فلها صداق المثل إن لم تكن رضيت بشيء معلوم (زروق وابن ناجي على الرسالة : 63/2) .

2) التي لم يدخل بها لها نصف المسمى لقوله تعالى : « أن طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ... » البقرة : 237 .

اما التي لم يسم لها صداقا فلا شيء لها الا المتعة والميراث على مشهور المذهب لأن الصداق عوض قياسا على البيع(بداية المجتهد : 30/2 ـ 31) .

وأما ربع الميراث ، فانه ان كانت هي المطلقة : فلا شيء لها من الميراث ، وإن كانت المطلقة المدخول بها : فلها نصف الميراث ، فثبت لها نصف الميراث مرة ، وزال عنها أخرى ، فلها نصفه ، وذلك ربع الميراث .

وأما بيان ما يجب للمدخول بها من الميراث : فان لها نصفَ الميراث على كل حال ، كانت هي المطلقة ، أو عداها الطلاق ، والنصف الثاني يزول عنها مرة ، ويثبت لها أخرى ، فلها نصفه . فذلك ثلاثة أرباع الميراث ، وهذا اذا مات في العدة ،

وإن كانت قد انقضت عدة المدخول بها : فالميراث بينهما نصفين ، لأنه انما يكون مرة لهذه ، ومرة لهذه ، فقسم بينهما .

وأما الصداق فعلى ما شرحت متقدما .

[طلاق الشك]

678 ـ قال محمد : طلاق الشك (3) على ثلاثة أوجه :

ـ وجه منه : لا يؤمر الرجل فيه بالنزول عن امرأته ، لا بالفتيا ولا بالقضاء ،

ـ ووجه ثان : يؤمر فيه بالنزول بالفتيا ، ولا يؤمر بالقضاء .

ـ ووجه ثالث : يؤمر فيه بالنزول بالفتيا والقضاء ،

فالوجه الأول : أن يعرض له الشك في الحنث أو التطليق من غير سبب ، سواء ان يقول : لعلي قد حنثت ، أو طلقت ، وأنا لا أشعر ، أو شعرت ثم نسيت ، فهذا لا يؤمر بالنزول على امرأته بالقضاء ولا بالفتيا .

3) الأمر بالفراق في طلاق الشك مختلف في حكمه هل هو على جهة الندب أو الوجوب (قوانين الاحكام : 170) .

والوجه الثاني : أن يأتيه من فعل المرأة أو غيرها سبب يكون به حنثه في يمينه ، الا اذا لم يتحقق ذلك عنده ، فهذا يؤمر بالفتيا ولا يؤمر بالقضاء .

[37 ـ ب] /والوجه الثالث : أن يحلف على ما مضى مما لا يجد فيه يقينا ثابتا ، ولا علما صحيحا . مثل أن يقول : إن كنتِ لا تحبينني ، وان كنت تبغضينني فأنت طالق ، وان لم (....) (4) . فهذا يؤمر بالنزول بالفتيا والقضاء (5) .

[سقوط دينار في مائة دينار ثم تلف واحد منها]

679 ـ واذا سقط دينار لرجل في مائة دينار فاختلط ، ثم تلف منها بعد ذلك دينار واحد : فقال مالك من رواية ابن القاسم :

الدينار التالف بينهما على الشركة ، لأنها قد لزمت الشركة قبل تلف الدينار لاختلاطه بجميع الدنانير .

وقال عبد العزيز ابن أبي سلمة : الدينار التالف بينهما نصفين على تفسير ذكره . وبيانه : ان يقال لصاحب المائة : التسعة والتسعون دينارا بلا شك لك ، وانما الشك في الدينار المتم المائة ، فقد يمكن ان يكون لصاحب المائة ، وقد يمكن ان يكون هو الدينار الواحد الساقط في المائة ، فيقسم لذلك بينهما نصفين .

ويقول عبد العزيز: بقول ابن القاسم .

[حكم اللقيط]

680 ـ وحكم اللقيط (6) المجهول الدِّين : أنه إن التقط في بلد الاسلام فهو

---

4) بياض في الأصل مقداره كلمتان .

5) اذا شك المطلق في عدد الطلقات فانها تعتبر ثلاثا ، وعليه فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لأنها تحتمل ثلاثا (قوانين الأحكام : 170) .

6) اللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وهو حر ، وولاؤه للمسلمين ويشترط في الملتقط الحرية والعدالة والرشد ، فالعبد والكافر لا يعتبران ملتقطين ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ، لانه لا ولاية له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر وينتزع من يد الفاسق والمبذر (بداية المجتهد : 341/2) .

مسلم (7) .

وان التقط في بلد الشرك فهو مشرك (8) .
وان التقطه وعليه زي النصارى فهو نصراني ،
الا ان يشاء ان يجعله هذا الذي التقطه على دينه ، فيكون مسلما .
وحكمه الحرية ، لا يقبل اقرار اللقيط بالرق .

[قيمة الرهن الضائع]

681 ـ واذا تجاهل المتراهنان قيمة الرهن بعد ضياعه ، فهو بما رهن به .

[تجاهل ثمن الشفعة]

682 ـ واذا تجاهل الشفيعُ والمشتري الثمنَ الذي اشتراه به المشتري :
فإن طال الزمان وتقادم حتى يرى أنه قد نسي ؛ فقد بطلت الشفعة .
وان كان على غير ذلك ؛ اخذها بالقيمة .

هكذا قال مالك .

قال عبد الملك : ويحلف المشتري على أنه لا يعلم ، فان أبى المشتري أن يحلف فقال : قد مضت من أصحابنا قضية أنه يقال للشفيع خذ بالشفعة ، فمتى أتى المشتري يطلب الثمن ، قيل له : إن شئت فاذكر ما اشتريت به ، وخذ حقك ، وان شئت فاحلف انك لا تعلم ، وخذ القيمة .

فان قال الشفيع : وكيف آخذ وانا لا ادري ما الثمن . ولعله أن يكون كثيرا ، فلا أريده : فلا بد ان يحلف أو يسجن .

---

7) اللقيط الذي يلتقط في بلد الاسلام يعد مسلما ولو كانت المحلة الملتقط بها بين قرى يسكنها كفار، ولو التقطه كافر ، وذلك تغليبا للاسلام ، وخلافا لمن يرى أنه لا يحكم باسلامه إذا ساوى المسلمون الكفار أو زادوا (حجازي : 306/2) .

8) اختلف في اللقيط الذي التقطه مسلم في ديار الشرك ، قيل : هو كافر تغليباً للدار التي وجد فيها ، وقيل : هو مسلم تغليبا للملتقط ، وهو ما في الذخيرة واستظهره البناني (حاشية الأمير : 306/2) .

[تقديم الدين على الحبس إذا جُهل السابق منها]

683 ـ واذا ثبت على رجل دين ، وتحبيس ، وجهل الأول منهما :

فإن الدين أولى من التحبيس ، إلا أن يثبت أن التحبيس قبل الدين .

قال ابن الماجشون : الحُبس تام ، إلا أن يكون للدين تاريخ فيتهم انه انما أبهم الحبس لئلا يعلم التاريخ ، فيكون ذلك تهمة توجب للدين حكم النقل قبل الحبس .

وقال المغيرة : الصدقة أولى ، كان للديْن تأريخ أو لم يكن .

[حكم اللقطة]

684 ـ وحكم اللقطة (9) المجهول صاحبها : أن تعرَّف (10) ، فإن جاء صاحبها والا لم آمره بأكلها ، قال : فإن تصدق بها ثم أتى ربها ، فان شاء اجاز صدقته ، وإن شاء ضمنه (11) .

والشاة الملتقطة في القفر يأكلها الذي التقطها (12) ،
وإن كانت قريبا من العمران لم يأكلها لأن لها ثمنا موجودا .

---

9) الذي اشتهر على ألسنة الفقهاء فتح القاف في كلمة اللقطة والسكون هو القياس في المفعول كضُحَكَة لمن يضحك منه وقدوة لمن يقتدى به . اما الفتح فهو قياس للفاعل مثل رجل ضحكة اي كثير الضحك ، ولُمَزة كثير الهمز واللمز (حاشية الأمير وحجازي : 302/2) .

واللقطة : كل مال وجد بغير حرز محترم ليس حيوانا ناطقا ولا بكما (زروق على الرسالة : 213/2) .

10) التعريف باللقطة يكون لمدة سنة في موضع يرجى التعريف بها ويعرف الملتقط عفاصها (وهو ما وضعت فيه) ووكاءها (وهو ما شدت به) لقوله صلى الله عليه وسلم . « أعرف عندها وكاءها ووعاءها » (ابن ناجي على الرسالة : 213/2) .

11) انظر المصادر المذكورة اعلاه الواردة في التعليقين : 9، 10 .

12) ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المتفق عليه من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ان النبيء صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » رواه مالك .

واختلف في ضمانها اذا جاء صاحبها فقال مالك : لا ضمان عليه . وقال سحنون في العتبية : عليه الضمان (زروق وابن ناجي على الرسالة : 217/2) .

[تنصر الأسير المسلم]

685 ـ وإذا صح عن الأسير أنه في دار الحرب ، وتنصر ، ويجهل ان كان طائعا أو مكرها ؛ فحكمه على ظاهره ، وتبين منه امرأته .

[موت الوارث والمورث وجهل السابق منهما]

686 ـ واذا مات الرجل ووارثه ، ولم يدر أيهما مات أولا ، فلا ميراث لواحد منهما من صاحبه ، وانما يرث كل واحد منهما ورثته ، لأنه لا يكون ميراث بشك (13) .

[تحرّي القبلة ورمضان عند جهلهما]

687 ـ وحكم من جهل القبلة في السفر ، أو جهل شهر رمضان في أرض الشرك : أن يتحرى ،

فإن تحرى القبلة وصلى ، ثم ظهر له أنه أخطأ ؛ فلا إعادة عليه (14) .

وإن تحرى الشهر فصامه ، ثم تبينّ له أنه أخطأ ، فانه يجزيه الصوم ، وإن كان صام بعد الشهر ،

وإن كان صيامه قبل الشهر ، فلا يجزئه وعليه الاعادة .

13) هذه الصورة تتصور مثلا في موت كل من الوارث والموروث تحت الهدم أو غرقا . وبهٔ قال أبو بكر وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم (قوانين الاحكام : 292) .

14) ورد في الحديث عن عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجه وعلمنا فلما اصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « مضت صلاتكم ونزلت « ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله » البقرة : 115 .

إلا أن مالكا يرى الاعادة على وجه الاستحباب ما دام الوقت (بداية المجتهد : 87/1) .

باب الاثلاث (*)

[أقل الصداق]

[38 ـ أ] 688 ـ/قال محمد : من مذهب مالك وأصحابه : أنه لا يجوز النكاح الا بثلاثة

---

*) الثلث والتثليث من الأجزاء معروف ، جمعها : اثلاث . وفي الحديث : « دية شبه العمد اثلاثا » اي ثلاث وثلاثون حقّة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون ثنيّة (اللسان : ثلث) .

وفي الباب يذكر ابن حارث مسائل من ابواب متفرقة يجمعها التثليث ، وهي :

ثلاثة دراهم ـ كحد أدنى :

- في الصداق ،
- لقطع يد السارق ،
- في اليمين في مقطع الحق

الثلث من المال ـ كحد أعلى :

- لتصرف المرأة في مالها دون إذن زوجها ،
- للوضع من جائحة في ثمن المشترى ،
- لما تحمله العاقلة ،
- لدية المرأة بالنسبة لدية الرجل ،
- لاستثناء الثمرة في الأرض المكتراة ،
- لاستثناء ما بيع جزافا ،
- للفضة في السيف والمصحف

ثلث المال ـ كحد أعلى للزيادة :

- في ثمن شراء العبد الموصى بعتقه ،
- في ثمن بيع العبد الموصى به لفلان

ومثل هذا تفنن منه رضي الله عنه ومهارة في التصنيف وبراعة في جمع النظائر الفقهية تدل على تمكنه من هذا الفن.

دراهم (1) ، وهي ربع دينار.

[قطع يد السارق]

689 ـ وكذلك لا يُقطعُ السارق الا في ثلاثة دراهم (2) .

[اليمين في مقطع الحق]

690 ـ وكذلك اليمين (3) في مقطع الحق (4) لا يكون الا في ربع دينار (5) أو ثلاثة دراهم .

[تصرف المرأة في مالها]

691 ـ ولا تجوز افعال المرأة بغير اذن زوجها إلا في ثلث مالها (6) فأقل ، ولها ان تستكمله .

---

1) عقد ابن رشد فصلا في حد الصداق في النكاح ، ذكر فيه انه « لما لم يبح الله تعالى النكاح الا بصداق ولم يرد فيه حد في القرآن ولا في السنة وقام الدليل على انه لابد فيه من حد يصار اليه .... وجب ان يعتبر الحد فيه برده الى بعض الأصول التي ورد التوقيت بها وان لم تكن في معناها ، فجعل حد اقل الصداق ثلاثة دراهم اعتبارا بأقل ما تقطع فيه يد السارق ، وهذا اعتبار صحيح لأن الله تعالى اوجب قطع يد السارق مطلقا دون تقييد بمقدار ، وقام الدليل على انه لا يجوز ان يستباح الفرج بمثل ذلك من النزر الحقير فلما وجد ما يقطع فيه يد السارق مقيد في السنة بمقدار وجب ان يحمل النكاح المطلق عليه » (المقدمات : 31/2) .

2) عن عبد الله بن عمر « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم » مالك .
والمجن : الترس والوشاح (اللسان : جنن) .
قال ابن عبد البر : هذا الحديث أصح حديث روي في ذلك ، واخرجه البخاري ومسلم كلاهما عن مالك (الزرقاني على الموطا : 153/4 ، 154) .

3) تجب اليمين على المطلوب تارة وعلى الطالب تارة اخرى ، كما تجب عليهما احيانا مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما ، وتكون بالله الذى لا إله الا هو (حلي المعاصم : 141/1) .

4) مقطع الحق : ما يقطع به الباطل ، وهو ايضا موضع التقاء الحكم ، وقيل : هو حيث يفصل بين الخصوم بنص الحكم (اللسان : قطع) .

5) قال ابن عاصم :

في ربع دينار فأعلى تقتضي ... في مسجد الجمع اليمين تقتضي

انظر شرحه في (البهجة : 142/1) .

6) في هذه المسألة تفصيل ، انظره في (التاج والأكليل : 79،78/5) .

[الوضع من الجائحة]

692 ـ ولا يوضع من المشترَي من الجائحة الا في الثلث (7) فأكثر.

[ما تحمله العاقلة]

693 ـ وتحمل العاقلة الثلث فأكثر، ولا تحمل دون ذلك (8).

[دية المرأة]

694 ـ ولا تستكمل المرأة ثلث دية الرجل، إذا بلغتها رجعت الى عقل نفسها (9).

[شراء العبد للعتق]

695 ـ وإذا أوصى أن يُشترى عبد فلان للعتق: زيد عليه ثلثُ ثمنه، إن لم يرض البائع أن يبيعه بثمنه (10).

[بيع العبد للعتق]

696 ـ وإن أوصى أن يباع عبده من فلان للعتق (11): نقص من ثمنه الثلث.

---

7) كل ما لا يستطاع دفعه يعد من الجائحة مثل الجراد والبرد والعفن والطير والفأر. وما صرح به ابن حارث يتعلق بالجائحة التي تكون من غير العطش في الثمار، لا يوضع منها الا ما بلغ الثلث فأعلى باعتبار الكيل، فلا وضع فيما نقص عن ذلك ولو كانت تجاوزت قيمته الثلث.

واما الجائحة من العطش ففيها وضع الثمن مطلقا لأن السقي على البائع، فاشبهت ما فيه حق توفية (البهجة وحلي المعاصم: 32.31/2).

8) انظر تعريف العاقلة في باب الديات هـ: 1.

9) قال ابن عاصم:

وديــة الجــروح فــي النســاء كديــة الرجــال بالســواء
الا اذا زادت على ثلث الدية فمالها من بعـد ذاك تسويـة

انظر شرح ذلك في (البهجة: 368.367/2).

10) تكون زيادة ثلث الثمن ولو لم يذكر الموصي الزيادة، فان أبى البائع من بيعه الا باكثر من ذلك فقال ابن القاسم: يستأنى بثمنه، فان بيع والا رد ثمنه ميراثا (التاج والأكليل: 375/6).

11) في هذه المسالة تفصيل نقله الحطاب عن اللخمي في (تحرير الكلام في مسائل الالتزام: 83 أ، 83 ب).

[الاستثناء من بيع الجزاف]

697 ـ وإذا باع صبرة طعام أو ثمرة حائط ، جاز للبائع أن يستثني من ذلك كيلا يكون مقدار الثلث .

[بيع السيف والمصحف المفضضين]

698 ـ والفضة في السيف والمصحف إذا كانت الثلث فأقل : جاز أن يباع السيف والمصحف بالفضة .

[استثناء الثمرة في الأرض المكتراة]

699 ـ والثمرة في الأرض المكتراة اذا لم تزه ، فجائز أن يستثنيها المكتري إذا كانت الثلث فأقل .

باب الشروط (*)

[احترام الشروط]

700 ـ قال محمد : مذهب مالك بن أنس والرواة من أصحابه في هذا الباب : على ما جاء به أثر « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » (1) .

فشروط الغرر كلها في البياعات (2) ، والنكاحات ، وسائر المعاملات ، وشروط الحرام : لا تلزم من اشترطت عليه ، وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد ، كان بيعا أو نكاحا أو اجارة أو ما أشبه ذلك من وجوه المعاقدات .

---

* الشروط جمع : شرط . وهو شرعا : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم .
وفي هذا الباب يذكر ابن حارث بعض الأحكام المتعلقة بالشروط التي قد يشترطها المسلم في معاملاته ، مثل :
ـ اشتراط المودع الضمان ،
ـ اشتراط الصناع عدم الضمان ،
ـ اشتراط صاحب الدار على المكتري عدم إسكان الغير ،
ـ اشتراط المرأة عدم ترحيلها من الحاضرة ، أو ألا يتزوج عليها ، الخ ...
فهذه الشروط بعضها لازم وبعضها غير لازم . والقاعدة السليمة هي الحديث الشريف الذي يورده ابن حارث أول الباب .

1) رواه أبو داود واحمد والحاكم في المستدرك .

2) روى أبو هريرة « ان النبيء صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » مسلم واحمد .
قال ابن أبي زيد في رسالته : « كل عقد بيع أو اجارة أو كراء بخطر أو غرر في ثمن أو مثمون أو اجل ، فلا يجوز » (انظر مسالك الدلالة : 220.219) .

[اشتراط المودع الضمان]

701 ـ ومن قولهم في المودع يشترط على نفسه الضمان (3) : إن الشرط باطل ، ولا يلزمه .

[اشتراط الضمان على المستعير]

702 ـ وكذلك الذي يستعير ما لا يجب فيه الضمان ، فيشترط عليه الضمانَ : أنه لا يلزمه (4) .

[اشتراط الصانع عدم الضمان]

703 ـ ومن اشترط من الصناع أنه لا ضمان عليه ، لم ينفعه ذلك (5) .

[اشتراط توقف البيع على أجل للثمن]

704 ـ واذا اشترط البائع على المشتري أنه إن لم يأت بالثمن الى مدة كذا وكذا ، وإلا فلا بيع بينهما ؛ فان البيع جائز والشرط باطل . هكذا قال ابن القاسم (6) .

---

3) المودع أمين فيكون مصدقا في ادعائه تلف الوديعة أو ردها ، ولا يضمن الوديعة سواء كانت مما يغاب عليه ام لا . قال عليه السلام « لا ضمان على مؤتمن » الدارقطني .

ولكنه إذا كان متهما فلا يصدق الا مع يمينه (اسهل المدارك : 32/3 ؛ قوانين الاحكام : 364) .

انظر أيضا (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 96 أ) .

4) وعكس هذه الصورة بان يشترط المستعير : ان لا ضمان عليه فيما فيه الضمان ، الحكم فيها اسقاط الضمان ولزوم الشرط لأن العارية من قبيل المعروف وكذلك اسقاط الضمان (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 96 أ) .

وانظر تفصيلا في ذلك في (ن ، م 96 ب) .

5) الصناع يضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه باجرة أو بغير اجرة (قوانين الاحكام : 364) .

وقد حكى ابن ابي زيد في المختصر عن اشهب ما يخالف ما ذهب اليه ابن حارث وهو القول بان اشتراط الصانع عدم الضمان جائز وسقط عنه الضمان (تحرير الكلام : 96 ب ـ 97 أ) .

وقد تابع ابن حارث ابن القاسم في القول بان اشتراط الصانع عدم الضمان لا ينفعه . وقد نقل ابن فرحون ما يفيد ذلك في (التبصرة : 331/2) .

6) على هذا مشى خليل عندما قال عاطفا على الشروط التي لا يوفى بها « ... او ان لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع » .

وفي هذه المسألة خلاف وتفصيل انظره في (تحرير الكلام للحطاب : 88 ب) .

وقال سحنون : هو بيع جائز، إذا كان الأجل المذكور مما يجوز أن يباع عليه بالخيار.

[اشتراط عدم إسكان الغير]

705 ـ وإذا أكرى منه داره، واشترط عليه أن لا يسكن معه أحد، فتزوج واشترى الرقيق ؛ فله ان يسكن معه غيره، ما لم يكن على رب الدار في ذلك مضرة (7).

واذا اكترى منه دابته على ان يحمل عليها بزا، فله ان يحمل عليها صوفا (8).

[اشتراط الزوجة عدم ترحيلها وعدم التزوج عليها]

706 ـ واذا اشترطت المراة عليه في عقد نكاحها : ألا يرحلها من حاضرة كذا، وألا يتزوج عليها ؛ فالشرط باطل (9)، إلا أن تضع بعد العقد لذلك وضعا (10)، أو يكون مع ذلك الشرط أيمان، أو تخيير أو ما أشبهه.

[اشتراط الموكل التصديق في الدفع]

707 ـ وإذا اشترط لوكيله أنه مصدق في الدفع بغير بينة : لزمه ذلك له (11).

---

7) اذا كان على رب الدار ضرر في اسكان الغير فللشرط اعتباره عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار» مالك.

8) يلزم صاحب الدابة بحمل ما اتفق عليه عند العقد وبحمل ما كان مساويا له اذا لم يكن في ذلك ضرر للدابة.

وفصل الفقهاء حالات الضرر التي لا يجبر معها رب الدابة على الحمل. انظر هذه الحالات في (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 57/4 ـ 58).

9) يجوز النكاح ويبطل الشرط بالنسبة لمن تزوج امرأة على ان لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها.

واذا اعطته مالا على ان لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، ثم فعل ذلك فلها الرجوع عليه بما أعطته، كما ترجع بما اسقطته من صداقها (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 77 ب).

10) اذا وضعت الزوجة عن زوجها جزءا من صداقها من أجل شرط من الشروط المذكورة فان كان الشرط عند العقد يبطل الشرط ولا ترجع به الا أن يكون عتقا اوطلاقا، وان شرطت بعد العقد فانها ترجع عليه بما وضعت عنه (ن، م).

11) الأصل ان الوكيل اذا وكل بان يقضي عن موكله دينا أو يودع له مالا ليس له ان يدفع ذلك الا ببينة، فان دفع بغير بينة ضمن.

=

[اشتراط الكفالة بالوجه]

708 - واذا اشترط الكفيل على المتكفل : أنه لا شيء عليه من المال ، وانما عليه ان يحضر بوجهه ؛ كان ذلك له (12) .

وروى ابن وهب عن مالك : أنه إذا اشترى : على ألاّ يمين عليه ؛ فإن ذلك لـه ، لأنه وضع من الثمن لذلك .

= وقال ابن القاسم : ان باع الوكيل ولم يشهد على المبتاع فجحده فانه ضامن .

والمشهور ان هذا هو الحكم سواء كانت العادة جارية بترك الاشهاد أو لم تكن جارية بتركه ، وقيل : ان كانت العادة جارية بذلك لم يضمن (التاج والأكليل ـ مواهب الجليل : 205/5) .

12) تتعلق هذه المسألة بالحميل بالوجه .

وهي التي يقول فيها ابن رشد : « الحميل بالوجه يلزمه غرم المال اذا لم يحضر العين فان احضره برىء من المال وان كان عديما ، الا ان يشترط ان لا شيء عليه من المال فينفعه ولا يجب عليه غرم المال وان لم يحضر العين ، فان احضره برىء من المال وان كان عديما ، الا ان يكون قادرا على الاتيان به فيفرط في ذلك أو يترك أو يغيبه حتى يذهب فيكون ضامنا للمال باهلاكه إياه وان لم يفعل شيئا من ذلك فلا ضمان عليه في المال . » (التاج والأكليل : 105/5) .

باب الاستحقاق (*)

[استحقاق المبيع من يد مشتريه]

709 ـ /قال محمد : أصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أن من استحق شيئا من يد مشتريه ، فان المستحق يكون بالخيار ان شاء اخذه بعينه ، وان شاء اجاز فيه البيع ، واتبع البائع بالثمن ، وترك السلعة في يد المشتري (1) . ـ ب

[استحقاق الأمة بعد أن ولدت]

710 ـ وكل من وُلِدَ له ولد من أمة اشتراها أو من امرأة تزوجها ، ثم استُحِقّت الأم بالرق في رقبتها : فإنها تؤخذ . ويجب على الأب قيمة الولد (2) .

وقد كان مالك يقول : يُقوِّم الأب قيمة الأم ، وقيمة ولدها (3) .

---

*) الاستحقاق لغة : إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق .
وعرفه ابن عرفة بقوله : « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض » انظر (الرصاع : 353) .

1) انبنى هذا الحكم على وجوب رد الحقوق لأربابها .
وما ذكره ابن حارث يطابق ما ذكره ابن جزي في (قوانين الاحكام : 363) .

2) هذا ما في المدونة واخذ به ابن القاسم وهو قول علي رضي الله عنه .
وقد رجع مالك عن هذا القول ، وعلل ابن يونس رجوعه عنه فقال : لأن في اخذها ضررا على المبتاع اذا اخذت منه كان عارا عليه وعلى ولده (التاج والأكليل : 30/5) .

3) يبدو من كلام ابن حارث ان هذا قول مالك القديم ، بينما هو القول الذي رجع اليه مالك وهو الذي يعول عليه وقد جرى عليه خليل فقال : « وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم » وقيل انه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها .
(مواهب الجليل : 301/5 ؛ اسهل المدارك : 73،72/3) .

واختار ابن القاسم ما حكيت من قوله .

[استحقاق الأرض بعد البناء فيها]

711 ـ وكل من بنى في أرض اشتراها ، ثم استحقت من يده ، فانه يقال للمستحق : اغرم قيمة البنيان قائما ، فإن أبى قيل للذي بنى : أغرم قيمة الأرض براحا . فان أبى كانا شريكين : هذا بقيمة أرضه براحا ،وهذا بقيمة بنيانه قائما .

وقد فسرت هذا فيما تقدم (4) .

[استحقاق الأرض بعد زرعها]

712 ـ وكل من استحق [أرضا] (5) من يد رجل ، وقد زرعها الذي كانت في يده : فعليه للذي استحقها كراؤها ان [كان] (6) الاستحقاق في ابان الحرث (7) ، وإن كان في غير ابان الحرث : فلا شيء عليه من الكراء .

وهذا اذا كانت في يديه بوجه شبهة .

وأما ان كان غاصبا ، فان المستحق يقلع زرعه في إبان الزراعة (8) .

فإن فات إبان الزراعة ، فعليه فيه الكراء ، ويكون الزرع للغاصب (9) .

---

4) تقدم هذا الحكم في باب الشركة الداخلة بغير تراض .
وانظر تفصيلا يتعلق بهذه المسألة عند شرح قول خليل : « وان غرس أو بنى قيل للمالك اعطه قيمته قائما فان أبى فله دفع قيمة الأرض » في (مواهب الجليل : 300/5) .

6،5) كلمة مطموسة بالأصل ، وما اثبتناه اقتضاه السياق .

7) اذا استحقت الأرض بعد ان زرعها وقبل فوات ابان الزراعة فان كراء تلك السنة للمستحق . انظر (مواهب الجليل : 296/5) .

9،8) قال ابن جزى في باب الغصب :
« ان زرع في الأرض المغصوبة زرعا فإن اخذها صاحبها في إبان الزراعة فهو مخير بين ان يقلع الزرع ، أو يتركه للزارع ، ويأخذ الكراء فان اخذها بعد ابان الزراعة فقيل هو مخير كما ذكرنا ، وقيل ليس له قلعه وله الكراء ويكون الزرع لزارعه » (قوانين الاحكام : 359 ـ 360) .

[استحقاق النخل بعد العناية بها]

713 ـ ومن استحق نخلا وقد [سقى] (10) المشتري وعالج : لم يكن له اليها سبيل حتى يعطي أجر ما سقى وعالج ،

فإن أبى لم يكن له اليها سبيل ، وقيل له : أجز البيع وخذ الثمن .

[استحقاق الثمن أو المثمون]

714 ـ وكل من باع شيئا بثمن ، فاستحق الثمن أو المثمون : فان المستحق من يديه يرجع بما أعطى إن كان قائما ، أو بقيمته أو بمثله إن كان فائتا ، حاشا الدنانير والدراهم ، فانها ان استحقت رجع المستحق من يديه في ذلك بالمثل لا غير .

[استحقاق المثمون بعد نقد الثمن]

715 ـ وكل من اشترى شيئا بدنانير فنقد دراهم ، ثم استُحق الشيءُ المشترى ، فانما يرجع بما نقد (11) .

وفي شرح مسائل يحيى : وانما ذلك خوف الصرف المستأخر .

وان نقد سلعة فانما يرجع بالدنانير التي وقعت عليها الصفقة .

وقد أخبرني أبو بكر محمد بن عمر بن اللباد عن يحيى بن عمر عن الحارث بن مسكين عن أشهب بن عبد العزيز : في الرجل يشتري العبد بدنانير ، فينقد في ثمنه ثوبا ، ثم يستحق العبد : فانه يرجع بثوبه الذي دفع عن الدنانير ان كان قائما ، أو بقيمته ان كان تالفا .

قال أبو بكر : قال يحيى : هذا خير من رواية ابن القاسم .

---

10) طمس بعض حروف هذه الكلمة بالأصل .

11) انظر (التاج والأكليل : 309/5) .

[استحقاق رأس مال السلم]

716 ـ واذا استحق رأس مال السلم انفسخ السلم .

وان قبض المسلم فيه ثم استحق : رجع بمثله ، كائنا ما كان من العروض المعدودة ، أو من الاشياء المكيلة أو الموزونة .

[استحقاق العبد]

717 ـ واذا تزوجت المرأة بعبد ، أو عفا عن دم وليِّه بعبد أخذه ثم استحق العبد : فانه يغرم الزوج ، أو المعفو عنه قيمة العبد (12) .

[أخذ المستحق غلة ما غصب منه]

718 ـ واذا استحق المغصوب منه أرضه أو دوابه أو عبيده من الغاصب : فله غلة الأرضين ، ولا شيء له من غلة العبيد والدواب (13) .
والفرق بين ذلك : أن المستحق من يدبه يرجع بما بنى في الأرضين ، ولا يرجع بنفقة العبيد والدواب .

قال أشهب : هذه الغلة خطأ الا أن البناء في الأرض عين قائمة ، والنفقة على الدواب والعبيد نفقة مستهلكة .

قال : ولو انفق في الأرض نفقة مستهلكة مثل التزبيل (14) ، وحفر البئر ، وتزويق البيت ، وما أشبهه/لما كان له في ذلك كله شيء ، وكان مثل انفاقه على الدواب والعبيد . [39 ـ أ]

وروى علي بن زياد عن مالك ـ وهو قول اشهب ـ : ان الدواب يأخذ غلتها .

---

12) جاء عن مالك في المدونة ان « من نكح بعبد فاستحق ، أو وجدت به المرأة عيبا ، فانها ترده ، وترجع على الزوج بقيمة العبد لا بمهر مثلها وتبقى له زوجة . والخلع بهذه المنزلة » .
وأوضح أشهب : أن المرأة ترجع بالقيمة سواء استحق العبد بملك أو حرية (التاج والاكليل : 308/5) .

13) في هذه المسالة خلاف في المذهب المالكي . انظره في (اسهل المدارك : 66،65/3) .

14) وضع الزبل بها ، وهو نوع من السماد الصالح لاخصابها .

باب الضمان (*)

[الضمان نوعان]

719 ـ قال محمد : الضمان في مذهب مالك منقسم على وجهين :

ـ احدهما يجب بالعداء (1) .

ـ والآخر بالرضى بدخول الداخل ، فيدخله عليه الداخل ويلتزمه الملتزم ، بعد علم ما في ذلك من الحكم والقضاء .

فأما وجه العداء فهو :

ـ الجاني ،

ـ والغاصب (2) ،

ـ والمحتبس لما يجب عليه الا يحتبسه (3) .

ـ والأمين اذا حرك الأمانة ،

---

*) الضمان لغة : الحفظ .

واصطلاحا التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، أو طلبه من عليه الدين لمن هو له (الشرح الصغير : 429/3 ـ 430) .

1) اي بغير اذن صاحب الشيء الذي وقع التعدي عليه .

2) هو آخذ مال غيره ظلما وقهرا .

3) حصر المقرى اسباب الضمان في ثلاثة : الاتلاف ، والتسبب ، ووضع اليد غير المؤتمنة (قواعد المقرى : 18 و 20) وانظر (فروق القرافي : 27/4 ـ الفرق : 217) .

ـ والمأمور اذا فعل غير ما امر به (4) .

ـ والعامل في القراض اذا ائتمن غيره أو خالف سنة القراض .

ـ وكل متلف لمال غيره خطأ أو عمدا .

وأما الوجه الآخر ، وهو وجه الرضى بدخول الداخل ، وهو يعلم ما في ذلك من القضاء :

ـ فمثل الصناع فيما يدفع اليهم ليصنعوه (5) .

ـ ومثل المرتهن والمستعير فيما يغاب عليه (6) .

ـ ومثل الكراء على حمل الطعام (7) .

ـ ومثل الكفيل اذا قبض الدين من صاحبه على وجه الاقتضاء .

---

4) الأصل في المأمور والسمسار والوكيل انهم لا يضمنون لانهم امناء ، سواء كانوا بحوانيت ام لا (تبصرة ابن فرحون : 337/2) .

ولكن المأمور يضمن اذا فعل غير ما امر به لأنه اصبح متعديا .

5) الأصل ان الصناع مؤتمنون فلا يضمنون ما بأيديهم مما يدفع اليهم ليصنعوه . ولكن علماء المالكية جعلوهم ضامنين مراعاة لمصلحة الناس ، ولم يجعلوا قاعدة عدم تضمين الامين مطردة في الصناع لانهم يمكن ان يؤثروا في الأعيان بصنعتهم فتتغير السلع عندهم ولا يعرفها اصحابها عندما يجدونها معروضة للبيع في الأسواق (الفروق : 207/2 ـ الفرق : 111) .

وتتفرع عن تضمين الصناع مسائل انظرها في (تبصرة ابن فرحون : 330/2 وما بعدها) .

6) تقدم ان التضمين فيما يغاب عليه مبني على الاستحسان فقد راعى المالكية ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق في غيره .

وإذا حاز المرتهن رهنا فاستحق نصفه شخص آخر وبقي الرهن بيد المرتهن فأتلف : فانه لا يضمن الا النصف .

واذا كان الرهن ملكا لشخصين فرهن احدهما نصيبه وحاز المرتهن الرهن كله فانه يضمن نصيب الراهن فقط اذا قبض المرتهن الرهن بحضرة الشريك واذنه (البهجة : 169/1) .

وعلة ضمان الرهن والعارية عند ابن القاسم الاتلاف ، ولهذا يسقط بقيام البينة (قواعد المقري : 222 ب) .

7) قال مالك بضمان اكرياء الطعام والشراب مع عدم البينة مهما كانت وسيلة الحمل ، ولو اشترطوا نفي الضمان لم ينفعهم ذلك ، ويستوي في ذلك المقتات وغيره ، إلا أن ابن حبيب خصه فيما يقتات (تبصرة ابن فرحون : 341/2) .

[الضمان في الخطأ والتقصير]

720 ـ قال محمد : انظر فكل من فعل فعلا يجوز له أن يفعله بلا تحظير (8) ، ففعله على وجهه فعلا صوابا ، فتولد من نفس ذلك الفعل هلاك نفس أو ذهاب جارحة ، أو تلف مال : فانه لا ضمان على ذلك الفاعل .

وان كان إنما أراد أن يفعل الفعل الجائز له ، ففعله فأخطأ ففعل غيره ، أو جاوز فيه الحد ، أو قصر فيه عن المقدار : فما تولد من ذلك فهو ضامن له ، وما خرج من هذا الأصل فمردود عليه .

[ضمان من فعل ما يجب على السلطان]

721 ـ وكل من فعل فعلا قد كان وجب على السلطان أن يفعله بعينه فلم يفعله : فلا ضمان على ذلك الفاعل الذي فعله ، ولكن يؤدبه السلطان على افتياته عليه .

[ضمان المنفعة]

722 ـ وكل من وصل اليه من غيره نفع ، من مال ، أو عمل بأمره ، أو بغير أمره : فعليه رد مثل ذلك العمل ، إن كان من الأعمال التي لا بد من الاستيجار عليها ، أو من المال الذي له من إنفاقه .

وإن كان ذلك من الأعمال التي كان يليها بيده أو عبيده ، أو من المال الذي سقط مثله عنه : فلا شيء عليه حينئذ من جميع ذلك .

[ضمان الصناع]

723 ـ والأصل : في تضمين الصناع الذي ضمنونه مما دُفع اليهم ، فانهم ضامنون قيمته يوم دفع اليهم ، وإن كانوا قد عملوه ثم ادعوا ضياعه ، الا أن تقوم لهم بينة ،

---

8) مثال الفعل الجائز حفر بئر للمطر . وهناك أمثلة أخرى انظرها في (ن . م : 346/2) .

فإن قامت لهم بينة فلا شيء عليهم من الضمان ، ولا شيء لهم من الأجر (9) .

[ضمان ما يغاب عليه]

724 ـ وكل ما يغاب عليه من الأمتعة والعروض : فالمرتهن والمستعير ضامنان له ، إلا ان تقوم (10) لهما بينة على هلاكه بوجه لا سبب لهم فيه : فلا ضمان عليهم (11) .

[ضمان ما لا يغاب عليه]

725 ـ ومتى كان من الحيوان (12) الذي لا يغاب عليه : فالضمان عليهما فيه ، لأن وجه هلاك ذلك لا يكاد ان يخفى .

[ضمان المودع]

726 ـ واذا اودع (13) مودع غيره : ضمن ، الا ان يخاف عورة (14) بيت ، او يريد مخفرا (15) ، او ما اشبه ذلك .

ولا يصدق انه اراد ذلك : إلا أن يتبين ذلك ، ويعرف منه .

---

9) قال ابن القاسم : اذا قامت البينة على ضياع الثوب بعد كمال العمل فيه سقط الضمان عن الصانع ولا اجر له (تبصرة ابن فرحون : 331/2) .

10) الكلمة مطموسة وما اثبتناه يفيده السياق .

11) قال خليل في شأن ضمان المرتهن الرهن : « وضمنه مرتهن ان كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بحرقه » .

فالمرتهن يضمن ما يغاب عليه من الرهن الا إذا هلك بأمر من الله او بتعدي اجنبي وقامت بينة على ذلك ، وفي صورة تعدي الاجنبي على الرهن يكون للراهن حق مطالبته .

واذا شرط المرتهن ان لا ضمان عليه ، لم ينفعه ذلك (التاج والأكليل : 26،25/5) .

12) طمس ببعض الحروف بالأصل .

13) الوديعة ، لغة : الأمانة . وتطلق على الاستنابة في الحفظ ، وذلك يعم حق الله وحق العبد (الرصاع : 335 . وشرعا : مال موكل على حفظه تضمن بتفريط رشيد لا صبي ولا سفيه (الشرح الصغير : 549/3 ـ 550) .

14) للمودع ان يودع عند العجز عن الرد الى المالك لخوف عورة منزله ، او لسفره إذا اودعها في الحضر . اما إن سافر بها مع القدرة على ايداعها عند امين فانه يضمن (جواهر بن شاش : 66 ب) .

15) المخفر : محل الحفظ.

وكل من حَرك (16) مالا لغيره : فهو ضامن له بالتحريك (17) ، **لا يبرئه** من ذلك إلا البينة القائمة لاباحة ذلك له ، او إقرار المالك له بمثل ذلك .

وكل من قبض أمانة أو قراضا فمات ، فلم يوجد ذلك المال [بعينه] (18) قائما: فإنه في مال الميت .

[تعدي مكتري الدابة]

727 ـ واذا تعدى المكتري ، فزاد على الدابة التي اكتراها زيادة فوق ما أذن له ، فعطبت ، فانه ينظر :

39ـ ب | فإن كانت تلك الزيادة مما تعطب من مثلها ،/خيِّر رب الدابة : فإن شاء ضمنه قيمتها يوم التعدي ، وإن شاء اخذ منه الكراء الذي عامله عليه ، وكراء مثل الزيادة التي عطبت منها الدابة .

وإذا اكتراها الى مدة فاحتبسها بعد ذلك ، مثل الأخرى ، فإن صاحبها مخير : إن شاء أخذ غلتها يوم احتباسها ، وان شاء اخذ كراءها على مثل الحالة التي كانت عليه .

[ضمان ما تصيبه الماشية]

728 ـ وكل ما أصابت الماشية بالليل من زرع أو كرم ، ضمنه أهلها ، وإن كان أضعاف قيمتها ، كان ذلك الكرم والزرع محجرا عليه أو غير محجر ، أو محروسا أو غير محروس ، لأن على أهل المواشي حرز مواشيهم بالليل .

وما أصابت بالنهار ، فلا شيء عليهم ، لأن على أهل الحوائط في النهار احراز حوائطهم وكرومهم (19) .

---

16) بالأصل طمس بعض حروف هذه الكلمة ، ولعلها ما أثبتناه .

17) يقصد التصرف في المال بوجه من الوجوه .

18) كلمة مطموسة بالأصل ولعلها ما أثبتناه .

19) قال ابن شاس في هذا المعنى : « ما أكلته البهائم من المزارع بالنهار فلا ضمان على أربابها لأن على أهل الحوائط احراز حوائطهم وكرومهم بالنهار» الجواهر : 2/188 أ) وانظر (تبصرة ابن فرحون : 2/355) .

[وهذا الكلام محمول على ان أهل الماشية لا يهملون مواشيهم بالنهار، وعلى انهم يجعلون معها حافظا وراعيا .

وأما إن أهملت المواشي ، فأهلها ضامنون] (20) .

[ضمان ما يطرح من السفينة خوف الغرق]

729 ـ وحكم ركاب السفينة إذا صال عليهم البحر : انهم ضامنون بكل ما طرح من السفينة من الأمتعة ، يتوزعون ذلك ، فيكون كل مطروح له شيء شريكا لأصحابه في أمتعتهم ، إن كان الشراء في موضع واحد ، وعلى سوق واحدة ، وان اختلف ذلك رجع : الى القيمة .

[تقدير قيمة المغصوب يوم الغصب]

730 ـ وكل غاصب غصب شيئا : فانما يلزمه قيمة ما غصب يوم الغصب لا يوم الفوت ، زادت القيمة بعد الغصب أو نقصت (21) .

[ثبوت الاقرار السابق]

731 ـ وكل من أقر بشيء لرجل ، فوجب له أو باعه منه ، ثم أقر أن ذلك الشيء المبيع أو المقر به لرجل آخر : فلا ينتقض البيع الأول ، ولا يسقط الاقرار المتقدم ، ولكن على البائع أو المقر قيمة ذلك للمقر له الآخر ، وينفذ حكم الأول .

[ضمان ما أُتْلِفَ من العروض]

732 ـ وكل من أفسد لرجل شيئا من العروض والأمتعة ، فان كان فسادا يسيرا رفاه (22) وشعّبه (23) ، ثم كان عليه ما نقصه ،

---

20) ما بين العاقفتين نقله ابن شاس بنصه للاستشهاد به في كتاب الضمان عند كلامه على ما تتلفه البهائم في (الجواهر : 118/2 أ) .

21) إن حق المغصوب منه ان يرد له ما غصب : فان كان قائما رد بعينه اليه ، وان فات رد اليه مثله أو قيمته ، وتعتبر القيمة في ذلك يوم الغصب لا يوم الرد (قوانين الاحكام : 358) .

22) رفاه : أصلحه وخاطه (أقرب الموارد : رفى) .

23) شَعَّبه : جمعه واصلحه (اقرب الموارد : شعَبَ) .

وإن كان فسادا كثيرا : كان صاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه قيمته ، وان شاء ضمنه ما نقصه .

[ضمان ما تغير بصنع]

733 ـ وكل من غصب شيئا ، فصنع منه شيئا آخر ، حتى اختلف اسمه ، وسمي باسم سواه ، مثل الفضة يصوغها (24) حليا ، والنحاس يصنع منه قدورا : فان الغاصب يغرم في ذلك المثل ، ولا شيء على المغصوب منه في ذلك الشيء المصنوع .

وما لم يتغير ، ولم ينقلب منه الاسم ، فإن له أخذه .

[ضمان من ترك الباب مفتوحا]

734 ـ واذا فتح حانوت الرجل فتركه مفتوحا ، فأتى من أخذ ما فيه : فهو له ضامن .

وكذلك السارق سرق ، ثم ترك الباب مفتوحا .

---

24) بالأصل : سوغها .

باب الأمناء (*)

[الأمناء المصدقون]

735 ـ قال محمد : الأمناء مصدقون على ما في ايديهم .

ـ الوالد في مال ولده الصغير وفي مال ابنه الكبير .

ـ والوصي في مال اليتيم وفي مال السفيه المحجور عليه .

ـ وامناء الحكام الموضوع على ايديهم الأموال .

ـ والمستودَع الذي يجعل الرجل على يديه ماله وديعة (1) .

ـ والعامل في مال القراض (2) .

---

*) الأمناء جمع امين : المؤتَمَنْ ـ المأمون ، من الأمانة ضد الخيانة . ورجل امين وأُمّان اي له دين . وقيل : مأمون به ثقة (اللسان : امِنَ) .

والأمناء هنا هم المصدَّقون فيا يدولون على ما في ايديهم من اموال الناس او بضائعهم . ولا يكون عليهم ضمان . وما ادُّعِي عليهم من وجه يوجب عليهم الضمان فالقول قولهم بلا يمين .

وفي هذا الباب يذكر ابن حارث الأمناء بوظائفهم وصفاتهم .

1) اذا قال المودع رددت الوديعة ، وانكر ذلك صاحبها ، صدق المودع مع يمينه ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون وابن عبد الحكم ، خلافا لمطرف وابن حبيب (ميارة على التحفة : 141/1) .

2) كل تلف او خسارة تحدث في مال القراض يتحملها رب المال ، إذا لم يكن العامل مفرطا ، واذا لم يخالف شرطا في العقد وثبت التلف عند مخالفته (اسهل المدارك : 350/2) .

- والأجير فيما استؤجر عليه (3) .

- والكَرِيّ (4) في جميع ما استحمله (5) حاشا الطعام خاصة ، فانه له ضامن دون غيره (6) .

- والصانع الذي ليس بصناع (7) .

- وراعي الماشية ، ما لم يكن مشتركا ، فيكون كالصناع (8) .

---

3) عد بعض الفقهاء صاحب الحمام اجيرا فيكون بذلك امينا ولا يضمن ثياب حرفائه ، لكن القلشاني علل عدم ضمانه بكونه قبض الثياب لمنفعة اصحابها ، فكان كالمودع . وقيل انه اذا قبضها رهنا في الأجرة يضمن لقبضه لمنفعة نفسه (مسالك الدلالة : 242) .

4) الكَرِيّ - بوزن الصبي : الذي يكري دابته (اللسان : كرى) .

5) لا ضمان على المكتري بتلف الدابة بما عليها من المتاع (اسهل المدارك : 334/2) .

6) استثنى من قاعدة « عدم تضمين الأمين اذا لم يتعد ولم يهمل » امران :

- الاكرياء على حمل الطعام والشراب بخصوصه .

- الصناع .

وانما ضمن حاملو الطعام لان الطمع في اكل ذلك كثير . ولكنهم لا يضمنون ما تلف باسباب قهرية ، ولا ما تلف بحضور صاحبه الملازم للحمال في سيره ، سواء كان الحمل على سفينة او دابة او عربة وكان الحمال يحمله بنفسه (ن ، م : 335/2) .

7) الصانع الذي يضمن هو الذي ينصب نفسه للناس واما غيره فلا ضمان عليه ، ويصدق في الرد ، وذلك إذا لم يقبض المتاع باشهاد (ابن رحال على ش ميارة على التحفة : 104/2) .

ويذكر القلشاني ان الأصل في الصناع عدم الضمان لأنهم مؤتمنون ،ولأنهم اجراء . وقد اسقط النبيء صلى الله عليه وسلم الضمان عن الاجراء عموما . ولما كان العموم يحتمل الخصوص ، فقد خصص العلماء الصناع وضمنوهم نظرا واجتهادا لضرورة الناس الى استعمالهم ، فلو حكم بعدم ضمانهم لاجترأوا على اكل اموال الناس وهكذا اقتضت المصلحة ضمانهم في ما لم تقم بينة بهلاكه (مسالك الدلالة : 241) .

وانما يضمن الصناع ما غابوا عليه سواء عملوه باجر او بغير اجر ، وسواء صنعوا في حوانيتهم او بيوتهم ، وسواء تلف بصنعهم او بغير صنعهم .

ولكن لا يضمن الصانع في الحالات التالية :

- اذا عمل بحضرة رب المصنوع .

- اذا صدقه ربه في دعوى الضياع .

- اذا قامت بينة على تلفه .

وحينئذ لا يكون للصانع اجرة على المشهور (اسهل المدارك : 338،337/2) .

8) نقل هذا الكلام عن ابن حارث الفيلالي في شرحه للعمليات الفاسية : 136 ا مخ . دار الكتب الوطنية بتونس 14829) .

- والمستعير والمرتهن في كل ما لا يغاب عليه (9) .

- والوكيل فيما وكل على النظر فيه (10) .

- والمأمور بالشراء والبيع .

- /والسمسار الذي يبيع للناس من أموالهم ، ويدخل فيما بينهم . [40 - أ]

- والشريك للرجل في ماله كان مفاوضا أو غير مفاوض .

- والرسول فيما يرسل به من شيء .

- والمبضع معه المال ، بشري به شيئا ليوصله .

- والمستأجر للاشياء المغيب عليها .

هؤلاء كلهم أمناء مصدقون فيما يقولون ، وما ادعي عليهم من وجه يوجب عليهم الضمان ؛ فالقول قولهم بلا يمين ، إلا ان يكون المدعى عليه ممن يتهم ، فيجب اليمين .

9) ما ما قبضه المرتهن مما يغاب عليه ، فانه يضمنه الا ان يقيم بينة على هلاكه من غير سببه ، وهذا قول ابن القاسم الذي رواه عن مالك وبه العمل (ميارة على التحفة : 108/1) .

10) قال ابن القاسم في العتبية : ان الوكيل سواء اكان مفوضا إليه او مخصوصا ، والزوج ، إذا وكلا على قبض حق ، فادعيا انهما قبضاه ودفعاه الى من وكلهما ، فانهما يصدقان في ذلك مع اليمين (ن ، م : 141/1) .

باب الوكيل (*)

[أفعال الوكيل المفوض]

736 ـ قال محمد : أصل القول في الوكيل المفوض اليه : أن افعاله كلها جائزة ، حاشا المحاباة الظاهرة التي لا تدخل في باب النظر لمن فوض اليه أمره (1) .

[ضمان الوكيل]

737 ـ والوكيل المقصور على بيع شيء بعينه أو شرائه : لا يجوز تأخيره ، ولا إقالته ، ولا اقراره ، ولا بيعه بنظره ، ولا رده بعيب ،

إلا أن يكون لم يؤمر بشراء ذلك الشيء بعينه : فيكون رده بالعيب جائزا ، لأنه كان يلزمه أن يأمره برده .

قال أشهب : هو ضامن في الوجهين جميعا ، إلا انه أمين فيما يحدث بالثمن الذي قبضه ، ويُصدَّق في شروط البيع الذي يعقده .

---

*) الوكالة لغة : الحفظ والرعاية .

وشرعا : النيابة فيما لا يتعين فيه المباشرة (لباب اللباب : 200) .

1) يمنع أيضا ان يبيع الوكيل ما وكل على بيعه من نفسه ولو سمي له الثمن على المعتمد لاحتمال الرغبة في المبيع بأكثر مما سمي .

كما يمنع من البيع لمحجوره الصغير والسفيه وعبده الذي لم يؤذن له في التجارة وشريكه المفاوض إن اشترى بمال المفاوضة .

أما الزوجة والابن البالغ الرشيد والرقيق المأذون له في التجارة فلا يمنع بيعه لهم إن لم يحاب فإن حابى فان البيع يمضي ويغرم ما حابى به . والعبرة بالمحاباة وقت البيع (الزرقاني على المختصر الخليلي : 106،105/6) .

[تعدي المأمور ما أمر به]

738 ـ والأصل فيما يزيده المأمور في الثمن على الأمر : انه ما كان يسيرا لزمه وما كان كثيرا لزمه (2) .

واذا تعدى المأمور فباع بغير ما امره به الآمر : فإن كان امره ان يبيع بالدنانير والدراهم ، او بما يوجد به المثل من المكيل والموزون ، ضمن تلك العدة (3) .

وإن كان امره ان يبيعها بشيء من العروض أو بالدين : فانما عليه قيمة السلعة التي أمره ببيعها لا غير (4) .

وإن كان المأمور باع بدين أوعرض مخالف ، وطلب الآمر أن يباع له ذلك الدين رجاء الفضل : كان ذلك له .

وإذا أمره أن يبيع له سلعة فباعها الآمر وباعها المأمور : فالمشتري الأول احق بها ، إلا أن يقبضها الثاني (5) .

---

2) إذا خالف الوكيل في الشراء فزاد كثيرا على ما ذكر له موكله او اشترى غير لائق او غير ما عين له الموكل باللفظ أو القرينة او العرف ، فإنه لزمه ما اشتراه ولو خطأ لتقصيره . وذلك اذا اشترى على البت ، او على خيار البائع وأمضى .

اما إذا كان الخيار لهما ، فإن من اختار منهما الرد يكون له ذلك سواء كان بائعا او مشتريا .

وإذا علم البائع ان الوكيل المشتري يخالف ما امره به الموكل ، اوثبت ذلك ببينة ، فان للموكل الرد (البناني على الزرقاني على مختصر خليل : 101/6) .

3) انظر (ن ، م : 103/6) .

4) قعّدَ ابن راشد لما يلزم الموكل من افعال وكيله القاعدة التالية : « ان كل تصرف وافق مقتضى اللفظ لغة أو عرفا ، أو فهم لقرينة حالية ، فهو ماض ، وما خالفه مما يعود بنقص ، فغير لازم ، فإن عاد بزيادة فقولان » .

وتنبني على هذه القاعدة مسائل انظرها في (لباب اللباب : 201) .

5) على هذا درج خليل فقال : « وان بعث وباع فالأول الا بقبض » .

ولكن يقيد هذا الحكم بما اذا لم يعلم المشتري منه ببيع الأول ، أما إن كان عالما فلا يكون احق من الأول قياسا على مسألة ذات الوليين .

وإذا باع وكيلان ، كان قد شرط لكل منهما الاستقلال ، شيئا ، فالمعتبر الأول ولو قبض المشتري الثاني ، مراعاة للسبق ، ولأن الفرق بينهما وبين الموكل والوكيل ان الموكل ضعف تصرفه في ماله بتوكيل غيره عليه ، أما الوكيلان فهما متساويان في التصرف . فكان المعتبر هو عقد السابق منهما مطلقا (الزرقاني على المختصر الخليلي : 111/6) .

وكذلك في النكاح، إذا جعل أمر ابنته الى رجل، فأنكحها الأب وأنكحها الرجل الآخر: فالأول منهما احق ما لم يدخل الثاني.

هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك.

وقال المغيرة: الأول أحق على كل حال.

[دفع الوكيل بدون بينة]

739 ـ واذا قضى الوكيل بغير بينة: ضمن المال (6)،
وإن علم صاحب المال أنه قد قضى: فجائز له أن يضمنه لأنه أتلف ماله.

وانظر: فكل من دفع مالا الى غير من دفعه اليه: فلا يبرئه منه إلا البينة التي تشهد له بالدفع، والا فهو ضامن، كان في الاصل ضامنا او مؤتمنا.

وإن دفعه الى دافعه اليه، وكان لذلك المال ضامنا من قبل: فلا يبرئه أيضا منه إلا البينة.

وإن لم يكن كان له ضامنا: فالقول قوله، إن كان قبضه، أنه قبضه بغير بينة، وإن كان لم يقبضه الا ببينة، فلا يبرأ الا ببينة.

[ضمان ما ضاع في الطريق]

740 ـ وإذا أرسل الوكيل، أو المبضع معه، أو المودع، المال الى ربه، فضاع في الطريق: فهو ضامن له، إلا أن يأذن له في ذلك.

---

6) قال خليل « وضمن إن اقبض الدين ولم يشهد ».

وتصور القضية إذا إنكر رب الدين القبض، او لم يعلم منه إقرار ولا إنكار، لموته او غيبته، فيضمن اذ ذاك الوكيل لتفريطه بعدم الاشهاد (ن، م: 108/6).

باب الوالد (*)

[إبرام الوالد عقود ولده]

741 ـ قال محمد : أصل (1) القول في هذا الباب : أن كل عقد عقد الوالد على ولده : فحكمه فيه نافذ ، بحكم ولايته عليه ونظره له ، حتى يبلغ رشيدا (2) ، فإذا بلغ : فلا حكم له عليه (3) .

[إقرار الوالد على ابنه]

742 ـ كل ما أقر به الأب على ابنه في كل ما يليه منه ، وينظر له فيه : فإن اقراره له جائز .

وما أقر به عليه من باب الغصب والجناية : فلا يجوز اقراره عليه به ، وانما هو فيها شاهد .

---

*) يورد المؤلف في هذا الباب احكاما تتعلق بالشخص بصفته ابا .

1) طمس بالأصل ، وما اثبتناه يقتضيه السياق .

2) الرشد هو : حفظ المال مع حسن النظر في تنميته والاتجار فيه ولا يشترط الصلاح في الدين (البهجة : 293/2 : الحطاب : 64/5) .

وفسره القاضي عبد الوهاب بانه : اصلاح المال وتأتيه للثمرة ومصلحته وان لا يكون السفيه مبذرا له ، ولا تراعى عدالته في دينه ، ولا فسقه ، فاذا بلغ على هذه الصفة سلم وليه اليه ماله ولو كان فاسقا (الاشراف على مسائل الخلاف : 14/2) .

3) عرف الامام المازري البلوغ بقوله : هوقوة تحدث للصبي تنقله من حال الطفولية الى حال الرجولة (الزرقاني على خليل : 372/5) .

[شراء الوالد لنفسه من مال ولده]

[40 - ب] 743 ـ وجائز للأب ان يشتري لنفسه من مال ابنه الصغير، ويبيع/منه، على وجه النظر.

[شهادة الأب لولده]

744 ـ ولا تجوز شهادة الأب لولده، ولا تزكيته إياه.

[نفقة الوالد على ولده]

745 ـ ويلزم الأب نفقة ابنه حتى يبلغ، والابنة حتى تنكح،
إلا ان يكون لهما مال : فلا نفقة على الأب.

وإذا انفق الأب (4) على ولده، وكتب ذكر النفقة في كتاب ثم مات، وكان للولد مال، فأراد الورثة محاسبته من أجل ما وجدوا من كتاب النفقة :
فإن كان مال الولد عينا : لم يكن لهم ان يحاسبوه، وان كان عرضا : حاسبوه.

[هبة الوالد من مال ولده]

746 ـ وكل ما وهب الوالد من مال ولده أو تصدق به : فإنه غير جائز من فعله، موسرا كان أو معسرا، ويرد إن كان قائما،
فإن فات في يد الموهوب له او المتصدق به عليه : كان على الأب قيمته، إن كان موسرا.
ولا يجب للابن ان يتبع حينئذ المتصدق عليه بالقيمة، ولا الأب ان يتبعه أيضا ان غرم القيمة،

وإن كان معسرا : غرم ذلك الموهوب له، ولا يرجع الموهوب له إن غرم قيمة ذلك على الأب بشيء،

---

4) النفقة في المذهب المالكي واجبة على الأب دون الأم، الا الرضاع فانه واجب عليها على المعروف. (الزرقاني على المختصر : 325/4).
وتشمل النفقة الكسوة والسكنى على قدر حال المنفق وعوائد البلاد (قوانين الاحكام : 164).

وإن كانا معسرين ، فأيها أيسر أولا : غرم القيمة على نحو ما فسرت (5) .

[عتق الوالد رقيق ولده]

747 ـ وما أعتقه الأب من رقيق ابنه : جاز ذلك ، إن كان موسرا ، وغرم القيمة ،

وإن كان معسرا ، لم يجز ، إلا أن يتطاول الزمان جدا ، وينكح العبد الحرائر ، وتجوز شهادته ، فلا يرد عتقه .

وتكون القيمة على الأب ، يتبع بها دينا (6) .

[شروط الأب في نكاح ابنه]

748 ـ وما عقده الأب على ابنه من شرط النكاح في طفولته : لم يلزمه منها شيء ان دخل بالمرأة بعد بلوغه ، وهو لا يعلم ،

وإن دخل بها وهو عالم بها لزمته ،

وإن كان علم بها قبل الدخول ، كان بالخيار : إن شاء دخل ولزمته الشروط ، وإن شاء فسخ على نفسه النكاح .

[وطء الأب جارية ابنه وأم ولده]

749 ـ وإذا وطيء الأب جارية ابنه : لزمته القيمة ، حملت أو لم تحمل ، ولا حد عليه ، وكانت أمة للأب .

وإذا وطيء أم ولد ابنه : غرم قيمتها ، وعتقت ، ولم تحل للابن بعدها .

---

5) انظر (ن ، م : 236) .
6) انظر (حجازي على الأمير : 131/2) .

[تخاصم الأب والابن]

750 ـ ولا يحلف الأب لابنه ، ولا يحبس له في دَيْنه .

ويحبس ، ويحلف له الابن ، ويؤخذ بحقه .

وإذا سرق الأب من مال ابنه : لم يقطع (7) .

وإذا قتل ابنه : لم يقتل به (8) ، وغلظت الدية عليه ، إلا أن يضجعه فيذبحه ذبحا ، أو يقدمه الى السيف صبرا (9) فيقتل حينئذ به (10) .

[حوز الوالد]

751 ـ ومن أحكام الوالد : أنه يحوز لولده ما يعطيه من ماله ، أو ما يعطاه من الأموال (11) .

[اعتصار الوالد]

752 ـ ومن احكامه : انه يجوز اعتصار هبته ولا يجوز له [اعتصار] (12) صدقته (13)

---

7) لا يقطع الأب في مال ابنه لقوله صلى الله عليه وسلم : « انت ومالك لأبيك » .

8) عمدة المالكية في عدم قتل الأب الذي قتل ابنه هو ما للأب من التسلط على تأديب ابنه وان المحبة التي يكنها له تجعل العمد مستبعدا فلا يتهم بقتل ما يتهم به الأجنبي إلا اذا غلب الظن وقويت التهمة (بداية المجتهد : 435/2) .

9) الصبر : نصب الانسان للقتل فهو مصبور ، يقال : قتله صبرا وقد صبره عليه . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان تُصْبَرَ الروح . في الحديث : « انه نهى عن قتل شيء من الدواب صبرا » . وفي الحديث في رجل مسك رجلا يقتله آخر . فقال : « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » . يعني احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت كفعله به (اللسان : صبر) .

10) القتل عن طريق الذبح هو المعروف عند الفقهاء بالقتل غيلة ، ويجب فيه القصاص (ن . م : 434/2) .

11) قال ابن عاصم :

والأب حوزه لما تصدقا ... به على محجوره لن يتقى

12) بياض بالأصل ، والزيادة اقتضاها السياق .

13) وقال ابن عاصم :

وكل ما يجري بلفظ الصدقه ... فالاعتصار ابدا لن يلحقه

[ولاء الولد]

753 ـ ومن احكامه : انه يجر ولاء ولده الى مولاه ، إن كان الولد من حرة ، أو كان ولاؤه من الولاء الضائع (14) .

[الولد على دين أبيه]

754 ـ ومن احكامه : ان دِين ولده على دِينه حتى يبلغ .

[ملك الولد لأبيه]

755 ـ ومن أحكامه : انه يعتق على ولده إذا ملكه في حين ذلك بلا انتظام قضية من حَكَم.

---

14) اصل المسألة المتقدمة ان الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه وللعبد بنون من امرأة حرة فلما اعتقه الزبير قال : هم موالي . وقال موالي امهم : بل هم موالينا . واختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم (تنوير الحوالك : 10/3) .

باب أحكام الصبي (*)

[رق الصبي وحريته]

756 _ قال محمد : أصل مذهب مالك في الصبي : ان حكمه في الرق والحرية [حكم أبيه] (1) إن كان الفراش فراش ملك اليمين .
وإن كان فراش نكاح : فحكمه حكم أمه [في رقها وحريتها] (2) .

[دين الصبي]

757 _ وأصل القول في دينه : إن دينه دين أبيه ، كان مسلما أو مشركا ، ولا ينتسب الى دين أمه ، كانت مسلمة أو مشركة .
لا أعلم بين أحد من أصحاب مالك في ذلك اختلافا ، حاشى ابن وهب ، فإنه قال : إذا كانت أمه مسلمة كان مسلما ،

[41 _ أ] ويذكر ذلك عن أصبغ/أنه قال : الاسلام يعلو ولا يعلى .

وأصل كلامهم في إسلام الصبي قبل بلوغه مضطرب :

قال ابن القاسم : إذا أسلم الصبي وبيع على مالكه الذمي ، ان كان مملوكا وصار عليه ثمن فات (...) (3) .

---

*) يقدم المؤلف في هذا الباب احكام الشخص قبل بلوغه .
1) طمس في الأصل بمقدار كلمتين وما أثبتناه اقتضاه السياق .
2) طمس في الأصل بمقدار كلمتين وما اثبتناه دلت عليه بعض حروفه .
3) طمس بمقدار خمس كلمات .

فإن أسلم وقد عقل الاسلام ، ثم بلغ فرجع : أنه يجبر على الاسلام ، وهذا قوله في هذه المسالة .

وقال في الأعجمي الصغير يموت : إنه لا يصلى عليه ، إن كان على نية صاحبه أن يجعله مسلما إلا أن يجيب الى الاسلام بعد ان يعقله .

وقد روي عن ابن عيسى في هذه المسالة عن مالك : أن حكمه حكم الاسلام ويصلى عليه .

وكذلك قال ابن الماجشون .

وقال ابن القاسم في موضع آخر : اذا زوج المجوسي ابنه الصغير من مجوسية ، ثم أسلم الصبي : لم تقع الفرقة بينه وبين زوجته ، الا ان يثبت (4) حتى يحتلم ، فلم يجعل اسلامه اسلاما .

وقال مالك : اذا اسلم الرجل وله اولاد قد تناهزوا الحلم ، ثم مات الاب : فان المال يوقف حتى يحتلموا ،
فان اختاروا الكفر فلا ميراث لهم (5)، وان اختاروا الاسلام اخذوا الميراث ، ولم يقل : يعرض عليهم الاسلام .

قال : واذا ارتد قبل البلوغ : فانه لا يصلى عليه ، ولا تؤكل ذبيحته .

قال سحنون : هو يكره على الاسلام ولا يختاره : ارى أن يصلى عليه ، ويرثه ورثته المسلمون .

---

4) اي يبقى على ديانته المجوسية ثم يسلم بعد البلوغ .

5) وذلك لانه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر قال عليه الصلاة والسلام « لا يرث الكافر المؤمن ولا المؤمن الكافر » مسند احمد : 201/5 .

[عقود الصبي]

758 ـ وكل ما يعقده الصبي على نفسه من العقود اللازمة للبالغين المكلفين : فانه لا يلزمه منه شيء (6) .

[جنايات الصبي]

759 ـ وكل جناياته العمد : في ماله إن كان له مال ، او في ذمته (7) .

وما كان منها في الجراح والديات ، وبلغ ثلث العقل : حملته عاقلته (8) .

وانظر : فكل شيء لزم رقبة العبد من جناياته وافعاله : فانه يلزم ذمة الصبي .

وما لزم ذمة العبد ولم يبلغ رقبته : فهو ساقط عن الصبي .

[اختبار الصبي بالتجارة]

760 ـ وقد اختلف ابن القاسم وغيره : في المال الذي يستتجر به الصبي ، يدفعه اليه ليختبره به (9) . فيلحقه دين .

---

6) الصبي اما ان يكون مميزا او غير مميز . ففي الحالة الاولى توقف تصرفاته التي بعوض كالبيع ونحوه على موافقة وليه ، فان شاء امضى تلك التصرفات ، وان شاء ردها بحسب المصلحة التي تعود للمحجور .

واما تصرفاته التي تكون على وجه التبرع فمردودة اصلا .

اما غير المميز فتصرفاته لا تعتبر بحال ، فإذا باع واشترى كان فعله كعدمه ، لأن التمييز شرط في وجود العقد واولى تصرفاته التي بلا عوض (حاشية البناني على الزرقاني لمختصر خليل : 8/5) .

7) الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم . وقد عرفها ابن عرفه بقوله : « ملك متمول كلي حاصل او مقدر » وقد شرحها الرصاع التونسي انظر : (فروق القرافي : 231/3 ـ الفرق : 183 ؛ شرح حدود ابن عرفة للرصاع) .

8) عمد الصبي كخطئه . ديته على عاقلته إن كانت ثلث الدية فأكثر . وإلا ففي ماله يتبعه به دينا إن كان مميزا . فإن كان دون التمييز فقيل الضمان من ماله والدية على عاقلته . وقيل : المال هدر . وقيل : كلاهما هدر . وهذا الخلاف في الصبي الذي ينزجر . واما ابن ستة اشهر ونحوها وهو الرضيع فقال فيه الفقهاء : انه جبار(ابن ناجي زروق الرسالة : 242/2) .

9) يجوز للولي ان يسلم شيئا من المال الى الصبي ليتجر به في الاسواق لاختباره والتحقق من كونه رشيدا عملا بقوله

فقال ابن القاسم : دينه ساقط عن ماله وذمته ، وعما اتجر به .

وقال غيره : يلحقه فيما في يديه ولا يلحقه في ذمته .

[تصرف الصبي]

761 ـ وكل ما فعله الصبي مما يرى الولي اجازته ، مما هو له نظر : فانه جائز من فعله .

ولا يكون لمن عاقد الصبي في ذلك الكلام ، اذا اجازه الولي .

وما باع الصبي من ماله : فإنه مأخوذ من المشتري ومردود الى مال الصبي . ولاشيء للمشتري مما دفع من الثمن الى الصبي ، لا في ذمة الصبي ولا في ماله .
الا ان يكون الصبي انفق ذلك الثمن في مصالحه التي لا بد لوليه من الانفاق فيها ، فيلزم لولي ردُّ ذلك الثمن (10) .

[الاحصان بزواج الصبي والصبية]

762 ـ ولا يحصن الصبيُّ المراة بوطئه ، والصبية تُحصِن الرجل ، لأنه وطء تام .

[زنى الصبي]

763 ـ اذ زنى الصبي او الصبية وقد اشعرا وقالا : لم نبلغ الحلم : فان القول قوله حتى يحتلم (11) . او يأتي عليه من السنين ما لا يبلغه غلام الا احتلم (12) .

تعالى « فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم » النساء : 6 .

قال ابن عاصم : وجاز للوصي فيمن حجرا اعطـاء بعض ماله مختبرا

10) انظر : (قوانين الاحكام : 235)

11) لا يقام الحد على الصبي لانه غير مكلف لكن يؤدب كما يؤدب في المكتب . قال صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث ... و الصبي حتى يحتلم » البخاري وابو داود وابن ماجه واحمد (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 258/2)

12) قدر المالكية السن التي لا يمكن ان يبلغها الغلام الا احتلم بثمانية عشر عاما .

قال ابن عاشر :

وكل تكليف بشرط العقل مـع البلـوغ بدم او حمل
او بمني او بانبات الشعر او بثمان عشرة حـولا ظهر

[عقد نكاح الصبي والصبية]

764 ـ ويعقد على الصبي النكاحَ قبل البلوغ ابوه ووصيه (13) .
والصبية لا يعقد النكاح عليها قبل البلوغ الا ابوها خاصة .

[المخالعة عن الصبية]

765 ـ وكذلك الاب يخالع عنها .

واما الوصي فلا يزوجها قبل البلوغ . ولا يخالع عنها .

وقال ابن نافع : لا بأس ان يخالع عنها (14) .

[استهلال المولود وما ينشأ عنه]

766 ـ ومن احكام المولود انه اذا استهل (15) تمت احكامه . وورث وورث . وسُمي .
وغُسل . وصُلي عليه/ان مات . 41 ـ ب]

وان لم يستهل لم يجب له شيء من هذه الاحكام (16) .

[عدم مضي تصرف الصبي]

767 ـ وكل ما فعله الصبي او البكر : لم يجز . وان اجازه الاب او الولي .

[لا سهم للصبي في القتال]

768 ـ ولا سهمان للصبي في الغنيمة وان قاتل .

---

13) يرى مالك ان النكاح لا ينعقد الا بولي وهو شرط صحة في رواية اشهب .
وفي رواية ابن القاسم : ان اشتراطه سنة لا فرض . فقد روي عنه انه كان يقول بتوارث الزوجين بغير الولي . كما يجوز للمرأة الوضيعة ان تستخلف رجلا من الناس على انكاحها . ويرى استحباب تقديم الثيب وليها في عقد نكاحها .
واما البغداديون من اصحاب مالك فيرون الولي شرط صحة (بداية المجتهد : 10/2).

14) انظر تفصيل ذلك في (لباب اللباب : 98 وما بعدها ؛ قوانين الاحكام : 146 وما بعدها) .

15) لا يقوم مقام الاستهلال وهو الصراخ : الحركة والعطاس . الا ان يطول او يرضع (قوانين الاحكام : 29)

16) من موانع الارث الشك في حياة المولود (ن . م) .

[عدم مضي عفو ولي الصبي]

769 ـ واذا وجب للصبي دم فعفا الولي على غير دية : لم يجز ذلك .

باب الوصي (*)

[عدالة الوصي]

770 ـ قال محمد : مذهب مالك بن أنس وغيره من أصحابه : أنه لا تجزئ وصية الميت إلى غير العدل ، ولا يكون له أن يجعل مال ورثته إلا في يد العدل (1) .

[رجوع الوصي]

771 ـ ومن أحكام الوصي : أنه إذا قبل الوصية في حياة الموصي ثم مات الميت على ذلك ، لم يكن له أن يرجع بعد الوفاة ، وله أن يرجع قبل موت الموصي ، لأن الموصي قادر على أن يستبدل غيره (2) .

---

*) الوصية لغة : من وصيت الشيء بالشيء ، إذا وصلته به .
وشرعا : عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده (الصاوي على الشرح الصغير : 579/4) .
والمراد بالعدالة هنا الستر لا الصفة المشترطة في الشهادة (زروق على الرسالة : 313/2)

1) شرط العدالة خاص بالوصي على مال اليتيم أو قضاء دين أو اقتضائه . وذلك مخافة أن يدعي غير العدل ضياع المال . وأما فيما يختص بالميت كالوصية بالثلث أو بالعتق فيجوز أن يكون الوصي غير عدل لكن يشترط فيه الاسلام (حجازي على الأمير : 456/2) .

2) قال ابن عاصم :

والنقل للايصاء غير معمل إلا لعذر أو حلول أجل
ولا يرد العقد بعد ان قبل ان مات موصي ولعذر ينعزل

انظر شرح ذلك في (البهجة ـ حلي المعاصم : 306/2)

[تصرف الوصي]

772 ـ وكل ما فعله الوصي على وجه النظر ؛ فهو جائز ، وما فعله على وجه المحاباة وسيء النظر ، فلا يجوز (3) .

وروى ابن نافع عن مالك : أنه لا بأس أن يُعطى من زرع اليتيم للسائل يقف به يرجو بركة ذلك .

[شراء الوصي من مال اليتيم]

773 ـ ولا ينبغي للوصي أن يشتري من مال اليتيم شيئا ، لما يلحقه في ذلك من التهمة ، إلا أن يكون البيع لذلك بيع السلطان في ملأ من الناس (4) .

[بيع ربع اليتيم]

774 ـ ولا يبيع ربع الأيتام إلا من جائحة ، أو يعطى غبطة من الثمن ، مثل الملك بجواره ، وما أشبهه (5) .

[شهادة الوصي]

775 ـ ولا تجوز شهادة الوصي للورثة ، إلا إن يكونوا كبارا عدولا (6) .

وإذا كان في الورثة كبار لم يبع الوصي شيئا من مال الميت إلا بحضرة الكبار.(7) .

---

3) لا يكون تصرف الولي إلا على مقتضى حسن النظر ، فلا يبيع عقاره الا لحاجة الانفاق عليه ، أو لغبطة في الثمن ، أو لخشية سقوطه ان لم ينفق عليه من المال ما يكون معه بيعه (الجواهر لابن شاس : 43 أ و ب)

4) ان وقع من الوصي شيء من ذلك تعقبه الحاكم بالنظر فيا هو مصلحة فان كان صوابا أمضاه والا رده ، الا أن يكون ما اشتراه الوصي من مال الموصى عليه قليلا وانتهت فيه الرغبات بعدما وقع اشهاره للبيع في سوقه ، فيجوز حينئذ للوصي ان يشتريه (الشرح الصغير : 611/4)

5) انظر (المدونة : 288/4)

6) علة منع شهادة الوصي للورثة الصغار هي أنه ناظر لهم . أما شهادته للورثة الكبار العدول فهي جائزة لأنهم أولياء أنفسهم ، ولا يقبض لهم شيئا وانما يقبضون لأنفسهم اذا كانت حالتهم مرضية (المدونة : 289/4)

7) انظر (قوانين الاحكام : 237)

[القسمة على الكبار]

776 ـ وكذلك لا يقسم الوصي على الكبار إذا كانوا غُيَّبًا حتى يأتي السلطان ،

هذا قول ابن القاسم (8) .

وأشهب يجيز ذلك وان كانوا غُيَّبًا .

ورد ذلك سحنون من قوله (9) .

[تصرف الوصيين]

777 ـ وأصل القول في الوصيين : أنه لا يفعل أحدهما شيئا إلا بإذن صاحبه ، ويكون المال عند أعدلهما (10) ولا يقسم .

فإن قسما قال أشهب : لم يضمن أحدهما من ذلك شيئا .

قال ابن الماجشون : يضمن كل واحد منهما ما وكله الى صاحبه .

وما اختلف فيه الوصيان ، نظر فيه السلطان (11) .

قال أشهب : يكون المال عند أعدلهما ، فان استويا في العدالة ، فعند أحرزهما وأحوطهما ، فان استويا في ذلك فعند أملاهما ، فإن استويا في ذلك نظر السلطان : فإن رأى أن يقسمه قسمه ، وإن رأى ان يجعله عند أحدهما جعله .

---

8) إذا كان الورثة الغائبون كلهم صغارا جازت مقاسمة الوصي لهم وعليهم . واذا كان الورثة الكبار غائبين والصغار حاضرين عند الوصي فعليه ان يرفع الامر الى السلطان فيقسم بينهم التركة ويعزل نصيب الكبير منهم ويحوزه له ، وأما لو حصل العكس بأن غاب الصغار وحضر الكبار وأراد الكبار القسمة ، أو أرادها الوصي للصغار جازت القسمة لأن وصي الصغير حاضر (المدونة : 276/4)

9) انظر (جواهر ابن شاس : 131/2 أ)

10) إذا أوصى رجل لوصيين فان أفصح بالاستقلال أو عدمه ، فالعمل بما أفصح به ، وان لم يفصح فلا استقلال لأحد الوصيين على الآخر . ويحمل عملهما على التعاون (مجموع الامير : 457/2)

وأما لو أوصى لواحد وجعل آخر ناظرا عليه ، فانما لذلك الناظر النظر في تصرفات الوصي وليس له رد السداد من تصرفه ولا نزع المال منه (الصاوي على الشرح الصغير : 608/4)

11) اذا اختلف الوصيان في امر ما كبيع او شراء او تزويج ، رفع الامر للحاكم لينظر فيما هو اصلح (الشرح الصغير : 608/4)

قال ابن كنانة : إذا جعله السلطان عند أحدهما ختم عليه الوصيان .

[بيع الوصي مال الميت]

778 ـ وكل ما باعه الوصي من مال الميت ، فالدرك (12) على الوصي ، إذا لم يبين أنه مال فلان الميت ، فإن بيّن ذلك ، فلا درك عليه .

[تولي الوصي الخصام]

779 ـ ولا يخاصم أحد الوصيين ، دون صاحبه ، فيما يطلبونه من مال الميت ،

وجائز أن يخاصم أحدهما فيما يُطلبَ به الميت ، لأن القضاء على الغائب جائز ، ويكون الغائب على حجته (13) .

[وصي الوصي]

780 ـ ووصي الوصي بمنزلة الوصي (14) .

وإن كانا وصيين ، فأوصيا جميعا الى رجل ، جاز إيصاؤهما .

وإن أوصى أحدهما بما إليه من الوصية الى رجل : لم يجز ذلك ، لأنه ليس له أن يفعل دون صاحبه فعلا (15) .

---

12) الدَّرَك : اللَّحَق من التبعة . ومنه ضمان الدرك ، في عهدة البيع (اللسان : درك) .

13) قال مالك : إن جاء الوصي الغائب بعد ما قضى القاضي على الوصي الحاضر ، فكانت له حجة على الميت جهلها الوصي الذي خاصم نظر القاضي في ذلك فان راى ما يدفع به حجة المستحق دفعها ورد الحق الى الورثة ، وان لم ير ذلك انفذه (المدونة : 290/4)

14) وصي الوصي كالوصي في كل ما كان للموصي فعله من نكاح أو غيره . قال خليل : وإنما يوصي للمحجور عليه أب أو وصيه وإن بعد لا غيرهما ، كمقدم القاضي أو جد سوى الام فان لها الايصاء بشروط ستاتي بعد حين . ومثل الوصي في صحة الايصاء لغيره الخليفة وامام الصلاة . والضابط في ذلك : ان كل من ليس له عزل نفسه مما قبل التولية فيه يجوز الايصاء به ، ومن له عزل نفسه كالامين والوكيل والقاضي فليس له الايصاء (الفواكه الدواني : 266/2)

15) قال خليل : « لاثنين حُمل على التعاون ، وان مات احدهما أو اختلفا ، فالحاكم ، وليس لاحدهما ايصاء بلا اذن ولا لهما قسم المال والا ضمنا » .

[42 _أ] هكذا قال/سحنون في المدونة .

قال أشهب : جائز لأحد الوصيين أن يُوصي بما إليه من الوصية الى رجل ، وكذلك روى علي بن زياد عن مالك .

وإذا أوصى الميت إلى وصيه بلده ، يضعه حيث يراه فأراد الورثة كشف الوصي بأن (....) (16) .

[قضاء الوصي الدين]

781 ـ وإذا قضى الوصي بعض الغرماء ، وبقي من المال بقية تفي بما عليه من الدين : كان فعل الوصي جائزا .

فإن تلف باقي المال : فلا شيء لباقي الغرماء على الوصي ولا على الذين اقتضوا (17) .

وإن قضى الوصي بعض الغرماء جميع مال الميت ثم أتى الغرماء الآخرون ، فإن كان الوصي عالما بالدين الباقي ، وكان الميت موصوفا بالدين (...) (18) .

وإذا دفع الوصي دين الميت بلا بينة : ضمن ، إلا أن يكون قد أشهد ، وطال الزمان ومات الشهود ، فلا شيء عليه (19) .

16) نقص بمقدار سطرين في الأصل استحالت علينا قراءته .
17) هذا ما ذكره ابن شاس نصا في الجواهر : 131/2) .
18) ثلاثة أسطر أغلب كلماتها مطموس
19) انظر (جواهر ابن شاس : 131/2) .

[وصي الأم]

782 ـ ووصي الأم لا يكون وصيا على أولادها إلا في الشيء القليل (20) .

هكذ قال ابن القاسم .

وقال أشهب : لا يكون وصيا لا في القليل ، ولا في الكثير .

[القسمة بين الأطفال]

783 ـ ومن قول ابن القاسم : انه ينبغي للوصي أن لا يقسم بين الاطفال ، ولكن يأتي السلطان فيقسم عليهم (21) .

وإن لم يأت السلطان وقسم هو عليهم : جاز، إذا كانت قسمة عدل منه .

---

20) الام توصي على اولادها بشروط :
ـ أن يكون المال قليلا .
ـ ان يكون ذلك المال موروثا عنها .
ـ ان لا يكون للولد الموصى عليه أب أو وصي من قبل الاب أو مقدم من الحاكم (الشرح الصغير : 604/4 ، 605)
ويذكر احمد الصاوي ان المقصود بالقلة في المال القلة العرفية ولا خصوصية لتحديده بمبلغ معين (الصاوي على الشرح الصغير : 604/4 ـ 605)
21) انظر (المدونة : 276/4)

باب أحكام السفيه (*)

[تصرف السفيه]

784 ـ قال محمد : اصل مذهب مالك : ان السفيه افعاله نافذة جائزة حتى يحجر عليه السلطان .

فإذا حجر عليه السلطان : كانت أحكامه بعد الحجر سبيل احكام الصبي في الجمع والبيع والشراء والاقرار ، وسائر ما يعقده على نفسه من المداينات ووجوه المعاملات (1) .

قال ابن الماجشون : وأما أفعاله فجائزة حتى يحجر عليه اذا كان رشيد ثم سفه ، واما ان كان يُبذّر وسفه فلا يجوز له فعل .

[رشد اليتيم]

785 ـ واختلف ابن القاسم وابن الماجشون في [بلوغ] (2) الرشد الذي به يستحق اليتيم قبض ماله .

---

*) السفيه لغة هو الجاهل والأحمق . والسفه هو الخفة يقال : ثوب سفيه ، أي خفيف .
وشرعا : هو خفة العقل وهو يشمل الصبي (البهجة : 211/2)

1) تصرفات الصبي التي تكون بعوض تكون موقوفة على إجازة وليه ، فان لم يكن له ولي قدم القاضي عليه ناظرا ينظر له نظر الوصي ، فإن بقي بدون وصي ولا مقدم وبلغ رشيدا كان مخيرا بين إجازة اعماله وردها .
أما تصرفه بالمعروف كالهبة والعتق والصدقة فهي غير ماضية (مقدمات ابن رشد : 199 ، مخ دار الكتب الوطنية بتونس 12.100)

2) كلمة غير واضحة بالاصل وما أثبتناه اقتراح منا .

فمذهب ابن الناسم في ذلك : إحراز المال ،

ومذهب ابن الماجشون : إحراز المال وإحراز الشهادة .

[من تصرف السفيه]

786 ـ ومن أحكام السفيه : أن طلاقه زوجته جائز عليه ، وعتق أم ولده جائز .

وما أجاز الولي من أفعال السفيه على وجه النظر ، فجائز من فعله .

قال سحنون : إذا مات رجل ولم يوص بولده ففعل أفعالا قبل أن يحجر عليه السلطان ، فإن أفعاله جائزة حتى يحجر عليه السلطان . وهذا مذهب المدنيين كلهم إلا ابن الناسم فإنه قال : أفعاله غير جائزة .

ومن أحكام السفيه : أنه لا يزوج بناته إلا بأمر وليه .

[حلف السفيه مع الشاهد]

787 ـ وإذا قام للسفيه شاهد واحد : فإن حلف أخذ حنه ، وإن نكل حلف الآخر وبرىء ،

فإن رشد السفيه ، لم يكن له في قول مالك أن يحلف ويأخذ .

وقال ابن كنانة : له أن يحلف ويأخذ ، لأن تركه لليمين شبيه بهبته (3) .

[زواج السفيه]

788 ـ وإن تزوج السفيه ثم مات أو ماتت :

---

3) انظر (مقدمات ابن رشد : 199 أ)

فإن مات المحجور عليه : فلاشيء للمرأة ، لا من ميراث ، ولا من صداق (4) ،

[42-ب] وإن ماتت هي /نظر الولي لليتيم ، فإن رأى الاجازة أفضل أجاز ، وإن رأى الفسخ أفضل فسخ .

---

4) اختلف فقهاء المذهب على ثلاثة أقوال فيما إذا تزوج المحجور عليه ثم مات :
- لا ميراث لزوجته ولا صداق الا إن كان دخل بها ، فيكون لها منه قدر ما استحل منها .
- لها الميراث وجميع الصداق .
- لها الميراث وينظر الولي في النكاح ، فإن كان نكاح غبطة وأجازه كان لها الميراث والصداق ، وإن كان النكاح فاسدا وجب لها الميراث ورد الصداق ويترك لها في الدخول ربع دينار .
والقولان الأولان لابن القاسم والثالث لأصبغ (ن م) .

باب أحكام العبد (*)

[لا تجب الجمعة على العبد]

789 ـ قال محمد : أحكام العبد على مذهب مالك بن أنس أنه لا جمعة (1) عليه ، وان حضرها كان من أهلها وأجزأته (2) .

[إمامة العبد]

790 ـ ومن أحكامه : أنه لا يكون إماما في مساجد النبائل ، ولا مساجد الجماعات ، ولا الاعياد ،

ولا بأس أن يؤم النوم من غير أن يتخذ إماما راتبا . ولا باس أن يؤم في رمضان النافلة . ولا بأس أن يؤم في السفر (3) .

---

*) يذكر المؤلف في هذا الباب أحكاما تتعلق بالشخص المملوك . وقد سبق ذكر بعضها متفرقة في أبواب عدة : كالصلاة ـ الزكاة ـ الحج ـ الاقرار ـ ومسائل أخرى تخص علاقته بسيده ، وتصرفاته ما يمضي منها وما لا ـ نكاحه ـ شهادته الخ .

والملاحظ ان هذا الباب وأمثاله هي كالأبواب التي عرفناها في تصانيف الفقهاء ـ حتى الائمة منهم ـ باسم « باب جامع ... » يجمعون فيها مسائل وأحكاما قد تكون سنطت في أماكنها أو وقع الاغفال عنها .

1) كلمات غير واضحة بالاصل وما أثبتناه يناسب السياق .

2) الحرية شرط في وجوب الجمعة ، قال ابن عاشر :

فصل بموطن القرى قد فرضت ... صلاة جمعة لخطبة تلت

بجامع على مقيم ما انعذر ... حر قريب بكفرسخ ذكر

هذا هو مشهور المذهب ، وقال اللخمي بوجوبها على العبد (الدار الثمين : 78/2)

3) الحرية شرط صحة في الامامة للجمعة . قال ابن عاشر : في جمعة حر مقيم عددا (ن ، م) .

قال ابن الماجشون من رواية ابن حبيب : لا بأس بإمامة العبد ، وأن يكون إماما راتبا ، ما عدا الجمعة ، من أجل أنها لا تجب عليه .

[زكاة العبد]

791 ـ ومن أحكامه في باب الزكاة : أنه لا تجب عليه زكاة في ماله حتى يعتق ، فإذا عتق استقبل بما بيديه حولا .

وأما زكاة الفطر ، فانها تجب على مولاه فيه ، إذا كان العبد مسلما ، فان كان مشركا لم تجب عليه فيه زكاة الفطر (4) .

[حج العبد]

792 ـ ومن أحكامه في الحج : أنه إذا أذن له في الاحرام فأحرم به ، وجب عليه (5) .

[صوم العبد الكفارة]

793 ـ والصوم في باب الخطأ ، فليس لسيده أن يمنعه منه .

وما وجب عليه في باب العمد ، كان له ان يمنعه منه (6) .

كذلك يقول ابن القاسم : إنه إذا وجب عليه ظهار ، فلسيده أن يمنعه الصوم .

وقال ابن حبيب : ليس له ان يمنعه من الصيام ، كان عمدا او خطأ ، وكذلك قال ابن وهب وابن الزقاق .

---

4) انظر (ن.م : 176/2) .

5) إذا أحرم العبد بغير اذن سيده فلسيده ان يمنعه ويتحلل كما يتحلل المحصر . انظ (باب اللباب : 57)

6) العبد يكفر بالصوم ان قدر عليه ، وإلّا بقيت الكفارة بذمته ، فإن أذن له سيّده في الإطعام فني ذلك خلاف (الزرقاني على مختصر خليل : 263/2)

[مال العبد]

794 ـ ومن منهب مالك : أن العبد يملك ماله ، إلا أنه ملك موقوف ، لا تجوز فيه أحكامه ، لا في باب البيع والشراء ، ولا في باب المعروف (7) .

[تجارة العبد]

795 ـ أحكامه أحكام المحجور عليه حتى يؤذن له في التجارة ،

فإن أذن له في التجارة كان حكمه في ماله حكم الشريك المفاوض ، والوكيل المفوض اليه يكون بيعه وشراؤه وعنده وجميع ما فعله ، مما يرى أنه فعله للاستلاف في التجارة والنظر فيها جائز نافذ (8) .

[هبة العبد وعتقه]

796 ـ وهو على حكمه الأول : لا تجوز هباته ، ولا عتقه ، ولا كل ما يخرج من حد . هذه التجارة (9) .

[إقرار العبد]

797 ـ ولا يجوز إقرار العبد المحجور عليه إلا بالقتل العمد ، فإنه لا يتهم فيه لما يناله من ألم القصاص .

---

7) يملك العبد ماله ، الا انه ملك منقوص عن ملك الحر ، اذ يجوز للسيد أن ينتزعه منه متى أراد ، وهو في تصرفه كالمحجور عليه (قوانين الأحكام : 214)

8) يرى مالك أن العبد المأذون له في التجارة إذا صنع ما يصنع التجار فإن ذلك جائز أما تصرفه الخارج عن نطاق الاتجار فلا يمضي الا بإذن سيده . ومثاله : أن يكون للعبد مال كثير فلا يجوز له ان يعطي منه شيئا على وجه العارية . وكذلك ليس له ان يصنع طعاما ويدعو اليه الناس وأجاز ابن القاسم صنع الطعام اذا كان العبد ماذونا له في التجارة اذا كان لاجل جلب منفعة لتجارته (المدونة : 125/4)

ولا ينبغي للسيد أن يأذن في التجارة إلا لعبده المتدين ، حتى لا يتعامل بالربا ، وخوفا من الخيانة . والعبد الكافر أولى بالمنع (قوانين الاحكام : 214)

9) إذا وهب العبد أو تصدق بغير إذن سيده ورد سيده تصرفه بعد علمه بذلك التصرف وكان الموهوب له استهلك الهبة ، صارت قيمة تلك الهبة دينا على الموهوب له (المدونة : 126/4)

وأما إقراره بالجراح الخطأ أو القتل الخطا ، فإن كان إعذاره في فور ذلك ، وبحضرته وعند التعلق ، فإقراره جائز ، وأما على غير ذلك فلا يجوز (10) .

[رد السيد أفعال عبده]

798 ـ وكل ما فعله العبد من الأفعال التي لا تجوز له ، فلم يردها السيد حتى عتق ، فإنها جائزة ، إلا أن يكون السيد يرد ذلك من فعله عند السلطان ؛ فلا يلزمه بعد العتق . إلا إن رد السيد ذلك من فعله عند غير السلطان ، ففي ذلك اختلاف بين أصحاب مالك :

فابن القاسم يقول : إنه لا يجوز رده إلا عند السلطان .

وغيره يقول : حيثما رد السيد فهو مردود .

[شهادة العبد]

799 ـ ومن أحكام العبد : أن شهادته مردودة لا تجوز منفردة ، ولا مع غيرها (11) .

[إنكاح العبد والامة]

800 ـ ومن أحكام العبد والأمة : أن السيد يعقد عليهما النكاح بغير إذنهما ، وان كرها .

---

10) يشترط في الاقرار أن يكون المقر مالكا لأمر نفسه ، أي بالغا رشيدا . وأما العبد فهو مثل المكره والصبي والسكران والمرتد .

قال خليل : « يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره لأهل لم يكذبه » (البهجة : 318/2)

ويصح منه الاقرار بالدين إذا كان مأذونا بالتجارة . وكان إقراره قبل قيام الغرماء عليه وتفليسه ، فيحاص به الغرماء إن فلّسوه بعد ذلك . أما قبل التفليس فلا يصح إقراره أسوة بالحر (المدونة : 127/4)

11) أخبر سحنون أن عثمان بن عفان قبل شهادة العبد إذا أداها بعد عتقه . وقال ابن القاسم : إن ابن شهاب رد هذه الشهادة أبدا (ن ، م : 80/4)

ولا يجوز طلاقه على العبد (12) .

واختلف الرواة عن مالك في عدة ما يتزوج من النساء .

فروى اشهب عن مالك : انه يتزوج اربعا . قال مالك : وإنا لنقول ذلك وما ندري ما هو .

وروى ابن وهب عن مالك/انه لا يتزوج إلا اثنتين . وبه يقول الليث بن سعد . [43 ـ أ]

[طلاق العبد]

801 ـ ومن احكام العبد في الطلاق ان طلاقه ثنتان ، كانت زوجته حرة او امة (13) .

[عدة الأمة]

802 ـ وعدة الأمة من زوجها في الطلاق حيضتان ، كان الزوج حرا او عبدا (14) .

[حد العبد]

803 ـ وما وجب على العبد من الحدود ، فإنما عليه من ذلك نصف ما على الحر (15) .

---

12) السيد هو ولي العبد يزوجه جبرا لأنه مال من امواله ، وله ان يصلح ماله بأي وجه (الصاوي على الشرح الصغير : 354/2) .

وعلة منع الطلاق من السيد على العبد هي ان الطلاق بيد الزوج المكلف ولو سفيها او عبدا (الشرح الصغير : 527/2)

13) يرى المالكية ان الرق مؤثر في عدد الطلقات بالنسبة للرجل وهو الذي بيده الطلاق . وهو راي عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس مرفوعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « الطلاق للرجال والعدة للنساء » مالك في الموطإ .

قال ابن رشد الحفيد : إلا ان هذا الاثر لم يثبت في الصحاح (بداية المجتهد : 73/2) وهو من مراسيل ابن المسيب رواه مالك في الموطأ .

14) عدة الأمة قرآن عند المالكية لتعذر التنصيف كالطلاق . وسواء كانت قنا او فيها شائبة حرية مثل المكاتبة والمدبرة وما اشبهها ، وسواء كان الزوج حرا او قنا (الخرشي على خليل : 160/4) .

وتفسير القرء بالطهر هو مشهور المذهب خلافا لما يبدو من كلام ابن حارث .

15) يجب على العبد نصف ما على الحر من الحد ، فإذا زنى فعليه خمسون جلدة فقط . وهذا الحكم ينطبق على المكاتب وأم الولد والمعتق لأجل والمدبر (الشرح الصغير : 456/4)

[قطع العبد السارق]

804 ـ ومن حكمه : أن يقطع إذا سرق ، إلا أن يكون إنما سرق مال سيده ، فلا يقطع (16) .

[خيار الأمة بعد عتقها]

805 ـ واذا عتقت الامة وهي تحت عبد : كانت بالخيار : إن شاءت استقرت عنده ، وإن شاءت فارقته ، فإن فارقته فهي طلقة بائنة (17) .

[صداق العبد]

806 ـ وإن زوج الرجل عبده ، فالصداق على العبد ، إلا أن يجعله السيد على نفسه .

هكذا قال ابن القاسم في روايته .

وذكر عن ربيعة أنه قال : إن كان السيد هو الذي خطب عليه وزوّجه : فالصداق على السيد ، وإن كان لم يزد على أنه اذن له في النكاح :الصداق على العبد .

[مال العبد بعد عتقه]

807 ـ وإذا أعتق العبد ، فماله تبع له إلا أن يستثنيه السيد (18) .

---

16) قال ابن شاس : « يستوي في القطع الرجل والمراة والحر والعبد ، الا ان يكون ملكا للمسروق منه » (الجواهر : 115/2 أ)

17) اذا أشهدت الأمة المتزوجة بعبد على نفسها انها إن تم عتقها وهي في عصمة زوجها العبد انها تختار الفراق او تختار البقاء معه ، فلا يلزمها شيء من ذلك ، ولها إذا تم عتقها ان تختار ما تريد ولو خلاف ما اشهدت عليه . وتعليل ذلك أنها لما أشهدت لم يكن قد وجب لها شيء ولأنه طلاق لأجل مشكوك فيه وهو زمان العتق (الخرشي وحاشية العدوي على الشرح المذكور: 98/2) .

بالأصل : (بائن) والصواب ما أثبتناه . يقال : بانت المراة عن الرجل ، وهي بائن : انفصلت عنه بطلاق . وتطليقة بائنة بالهاء لا غير ، وهي فاعلة بمعنى مفعولة اي تطليقة ذات بينونة (اللسان : بين) .

18) يكون استثناء السيد لمال عبده الذي أعتقه ببينة فان لم تكن إلا دعواه لم يصدق ، والقول قول العبد مع يمينه وله رد اليمين (قوانين الاحكام : 278)

[جناية العبد]

808 ـ ومن أحكام العبد في جنايته . كانت جنايته على نفس ، أو على مال ، عمدا أو خطأ ، أن يخير السيد بين أن يفتكه من الجناية ويبقى كما كان قبل الجناية ، وبين أن يسلمه في جنايته (19) .

[نظر العبد شعر سيدته]

809 ـ ولا يجوز أن يرى العبد شعر سيدته ، وَغْدًا كان أو غير وَغْد ، إذا لم تستكمل المرأة ملكه ، وكان لها فيه شرك ،

فإذا استكملت ملكه ؛ جاز أن يرى شعرها ، إن كان وَغْدا ، وإن كان غير ذلك من الهيئة ؛ لم يجز (20) .

[عقوبة العبد القاتل]

810 ـ وإذا قتل العبد نفسا ؛ فلم يقتل به ، ضرب مائة وسجن عاما كحكم الحر (21) .

قال مالك : مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله ، وأن المكاتب إذا كوتب تبعه ماله ، وإن لم يشترطه . وأصل هذا الباب ما رواه أصحاب السنن عن ابن عمر مرفوعا « من أعتق عبدا فمال العبد له إلا أن يستثنيه سيده » .

ويرى المالكية أن الأصل في العبد لا يملك ملكا تاما ، لكن لما كان العتق صورة إحسان اليه ناسب ذلك أن لا ينزع منه ما بيده تكميلا للاحسان (الزرقاني على الموطا : 10/5 ـ 11) .

19) القاعدة أنه لا يقتل حر بعبد ، ويقتل العبد بالحر ، ولا قصاص بين حر وعبد في حر . ومعنى يقتل العبد بالحر أنه يقضى بقتله إن طلبه الولي ، وهو لا ينافي أن للولي الخيار بين قتله واستحيائه ، لكن استحياءه يثبت لسيده الخيار بين تسليمه أو دفع دية الحر المقتول ، كما أنه يخير إذا قتل العبد حرا مسلما خطأ بين تسليمه لولي المقتول أو فدائه بدية المقتول .

وأما لو وقعت من رقيق على رقيق فإن كانت عمدا فالقصاص ، وفي الخطإ جنايته في رقبته فيخير سيده بين فدائه وإسلامه (الفواكه الدواني : 212/2)

20) يجوز للعبد أن يرى من سيدته ما يراه منها محارمها وجهها وكفيها على الأصح ، إلا أن يكون له منظر فيكره أن يرى غير وجهها (قوانين الاحكام : 337)

21) انظر المدونة : (445/4)

[العبد المرسل بالقذف]

811 ـ وإذا أرسل الرجلُ عبدَه بكلام القذف (22) الى رجل : كان الحد على السيد ، ولا شيء على العبد ، إذا ثبت أن السيد أرسله بذلك ، وإن لم يثبت : فالحد على العبد .

وكذلك إذا أرسل بذلك حرا .

وإن قال له : امض فاقذف فلانا ، فمضى فقذفه : فالحد على السيد والعبد جميعا .

وإن أمر بذلك حرا : فالحد على المأمور خاصة (23) .

---

22) القذف أصله : الرمي بالحجارة ، واستعمل في الرمي بالمكاره عرفا ، وسماه الله تعالى في القرآن رميا فقال تعالى « والذين يرمون المحصنات » النور : 4 . ويسمى فرية من الافتراء وهو الكذب شرعا (حجازي على الأمير : 391/2)

23) مقدار حد القذف ثمانون جلدة للحر والحرة ، واربعون للعبد والأمة (قوانين الاحكام : 263) .

باب أحكام المرأة (*)

[المسح على الظفائر]

812 ـ قال محمد : من أحكام المرأة في باب الوضوء : أنها تمسح على ظفائرها ، ولا يجوز لها المسح على خمارها (1) .

[أذان المرأة وإقامتها]

813 ـ ومن أحكام المرأة في باب الصلاة : أنها لا أذان عليها (2) ، ولا اقامة ، وإن أقامت فحسن (3) .

[إمامة المرأة]

814 ـ ومن حكمها : أن لا تؤم نساء ولا رجالا (4) ، ولا تؤذن .

---

*) يذكر ابن حارث في هذا الباب أحكاما في العبادات والمعاملات تتعلق بالمرأة وما يجوز لها وما لا يجوز من الامامة والأذان والاقامة والشهادة والصوم والحج والدية ... الخ . وقد **ذكر** بعضها في الأبواب السابقة .

1) قال مالك : « المرأة في مسح الراس مثل الرجل ، تمسح على رأسها كله ، وإن كان معقوصا . فلتمسح على ظفرها ، ولا تمسح على خمارها ولا على غيره » .

وقال في التي تمسح على خمارها : « **إنها تعيد الوضوء والصلاة** » . (**المدونة : 16/1**) .

2) يحرم على المرأة الأذان على أحد قولين ، ثانيهما أنه مكروه (العزية : 147)

3) الاقامة في حق المرأة إذا صلت وحدها مستحبة سرا ، واذا صلت مع رجال تكتفي بإقامتهم ، ولا تكون هي المقيمة لهم لأن صوتها عورة (ن ، م : 155) .

4) من شروط الامام الذكورة ـ قال ابن ابي زيد « لا تؤم المرأة في فريضة ولا نافلة لا رجالا ولا نساء » (الفواكه الدواني : 207/1) =

[عقد المرأة النكاح]

815 ـ ولا تعقد نكاحا إلا على رجل ، وأما على بضع امرأة فلا يجوز ذلك (5) .

[مكان المرأة في صلاة الجماعة]

816 ـ ومن حكمها في صلاة الجماعة : أن تكون من وراء صفوف الرجال ، وإن لم يكن غيرها مع الامام ، قامت من وراء الامام ، كانت زوجة الامام (6) أو أجنبية .

[جمعة المرأة]

817 ـ ومن حكم المرأة : أنها لا جمعة عليها ، فإن حضرتها كانت من أهلها (7) .

[قضاء المرأة الصوم]

818 ـ ومن حكم المرأة الحائض في رمضان : أن تقضي الصوم (8) ولا تقضي الصلاة .

= ومن صلى خلف امرأة بطلت صلاته ، ولو مع فقد رجل يؤتم به . وصلاتها هي صحيحة (ابن الحاج على ميارة : 37/2)

5) نقل ابن رشد اتفاق الفقهاء على اشتراط الاسلام والبلوغ والذكورية في الولي الذي يعقد نكاح المراة (بداية المجتهد : 10/2) .

6) سئل ابن القاسم عن الرجل يصلي بامرأته المكتوبة في بيته ، قال : لا باس بذلك . فقيل له : فأين تكون ؟ قال : خلفه (المدونة : 86/1) .

7) للجمعة شروط وجوب منها : الذكورية ، فلا تجب الجمعة على المرأة ، ويحرم حضور الشابة التي يخشى منها الفتنة ، ويجوز للمتجالة التي لا إرب للرجال فيها (العزية وحاشية العدوى عليها : 196)

8) الحيض يمنع من الصوم سواء كان واجبا او نفلا ..
وتقضي الحائض الصوم الواجب سواء حاضت قبل الفجر أو بعده انظر (الدر الثمين : 117/2) .

[خروج المرأة الى المسجد]

819 ـ ولا يمنع النساء من الخروج إلى المساجد . وأما الى العيدين والاستسقاء ؛ فلا تخرج إلا كل متجالة (9) .

[رشد المرأة وتصرفها]

820 ـ ومذهب مالك وأصحابه : أن البكر لا تجوز أفعالها في مالها ، وإن بلغت حتى تدخل بيتها ، ويعرف من حالها (10) .

واختلف قول مالك في البكر إذا أسنت وعنست (11) .

مرة قال : لا تجوز أفعالها .

ومرة قال : إن أجازها الولي جازت .

/قال ابن القاسم : ورأيت في مسائل عبد الرحيم عن مالك : أن أفعال المعنسة جائزة . [43 ـ ب]

وأصل القول في المرأة الرشيدة البالغ التي لا زوج لها : إن حكمها حكم الرجل في ماله ووجوه المعاملات وأسباب المداينات.

وحكم ذات الزوج في بيعها وشرائها وإقرارها وجميع فعلها الذي هو من باب النظر في مالها ، جائز على زوجها .

---

9) قال صلى الله عليه وسلم : « لتخرج العواتق ذوات الخدور، أو العواتق وذوات الخدور، والحيض ، فيشهدن الخير ودعوة المسلمين ، ويعتزل الحيض المصلى ، فقلت : الحائض ؟ فقالت : أو ليس تشهد عرفة وتشهد كذا وتشهد كذا » (البخاري ، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت : 196/2) .

10) البكر ذات الاب اختلف الفقهاء في الحد الذي تخرج به من ولاية أبيها على أقوال ذكرمنها ابن حارث : أنها تخرج بالزواج ، والشهادة على صلاح حالها ، وهو المشهور.

وقيل : إنها تخرج من ولايته بالحيض ، وقيل : إنها تخرج بمرور عام ونحوه على الدخول بها ، وقيل : تخرج بالتعنيس ، وقيل غير ذلك (مواهب الجليل : 67/5)

11) اختلف في حد التعنيس فقيل : أربعون سنة ، وقيل : من خمسين الى ستين (ن ، م) .

وما كان من فعلها الداخل في باب المعروف مثل العتق المبتل (12)، والعطايا، والكفارات، وما أشبه ذلك، إنما يجوز منه ما كان مثل الثلث فأقل، فإذا جاوزت بفعلها الثلث، ففي ذلك اختلاف بين رواة مالك:

فابن القاسم يقول وأراه يروي عن مالك: إنها إن تجاوزت الثلث بطل جميع الفعل، فلم يصح منه إلا مقدار الثلث، ولا الزيادة عليه.

والمغيرة وابن الماجشون يقولان: يجوز الثلث، ويبطل ما زاد على ذلك كحكم المريض سواء.

قال ابن الماجشون: حاشا العتق، فإنها إذا زادت فيها على الثلث، بطل جمعيه لأن العتق لا يتبعض.

[حج المرأة]

821 ـ ومن حكم المرأة: أن فريضة الحج واجبة عليها لا يمنع منها زوجها (13).

وحكم المرأة في الاحرام: كشف وجهها ويديها لا غير هو إحرامها، ولا يجب عليها نبذ المخيط كما يجب على الرجل، ولكن تلبسه وتكشف وجهها (14).

وحكمها عند الحلاق أن تقصر ولا تحلق، تقصيرا عاما، ينال قصير الشعر وطويله (15).

---

12) العتق المبتل: الذي جعله المعتق من الآن.

13) شروط وجوب الحج اربعة: الحرية والبلوغ والعقل والاستطاعة، فاذا توفرت هذه الشروط لدى الرجل أو المرأة وجب الحج.

14) إحرام المرأة في وجهها وكفيها فقط فيحرم عليها ستر وجهها أو بعضه، ولو بخمار أو منديل، إلا إذا ظنت الفتنة بها، فيجب الستر بلا غرز للساتر بابرة وبلا ربط له برأسها كالبرقع بل تسدل الساتر على وجهها، أو تجعله كاللثام وتلقي طرفيه على راسها انظر (الشرح الصغير والصاوي: 75/2).

15) تقص المرأة عند الحلاق بعد رمي جمرة العقبة وبعد النحر من جميع شعرها قدر الأنملة من الأصبع، ولا يجزئها تقصير بعضه عند المالكية. ولا يجوز لها الحلق لأنه مثلة في حقها (الشرح الصغير: 59/2، 60).

[شهادة المرأة]

822 ـ ومن حكم المرأة : ألاّ تجوز شهادتها على الانفراد في شيء من الأشياء (16) .

وتجوز شهادة امرأتين في الولادة والاستهلال، لأن ذلك أمر لا يحضره الرجال (17) .

قال سحنون : وإنما ذلك إذا بقي جسد المولود ، وأما إن غاب لم تجز، لأنها حينئذ شهادة على نسبه .

ولا تجوز شهادة النساء في الحدود ، ولا النكاح ، ولا الطلاق ، ولا العتاق ، ولا الأنساب ، ولا الولاء ، ولا تجوز إلا في الأموال خاصة (18) .

قال عبد الملك وسحنون : انظر فحيثما جرى حكم اليمين مع الشاهد ، جازت فيه شهادة النساء (19) ، وحيث تسقط اليمين والشاهد سقطت فيه شهادة النساء .

وهذا أصل تناقض فيه كلام ابن القاسم .

وقال ابن القاسم في شهادة الامرأتين في الرضاع : إذا فشا ذلك وعرف من قولهما من قبل ، فإن لم يفش فلا يجوز.

قال ابن حبيب : أصحاب مالك مجمعون على أنه يفرق بينهما وإن لم يكن ذلك فاشيا قبل ذلك من قولهما .

---

16) هناك مواطن تقبل فيها شهادة امرأة واحدة مع اليمين ، ومواطن يقبل فيها خبر المرأة على انفراد ، انظرها في (تبصرة ابن فرحون : 296/1)

17) في ذلك تفصيل أورده ابن فرحون في (ن.م : 294/1 وما بعدها)

18) تجوز شهادة امرأتين مع رجل أو امرأتين مع يمين المدعي في الأموال وحقوقها مثل الآجال والخيار والشفعة والاجارة والحبس والوكالة بطلب المال ، وغير ذلك (ن . م : 1 276)

19) قال ابن فرحون : « أما القضاء بامرأتين ويمين فيجري المدعى فيما يجري فيه الشاهد واليمين من الأموال ... وكذا الوراثة ، كما لو ولدت امرأة ثم ماتت هي وولدها فشهدت امرأتان ان الأم ماتت قبل ولدها ، فإن الأب يحلف أو ورثته على ذلك ويستحقون ما يرث عن أمه ، لأنه أهلّ صارخا (ن ، م : 271/1) .

[دية المرأة]

823 ـ ومن حكم المرأة : أنها تعاقل الرجل الى مبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ذلك لم تستكمله ، ورجعت الى حكم ديتها ، وديتها نصف دية الرجل (20) .

وشهادة امرأتين فما زاد ولو الى مائة امرأة حكم شاهد واحد .

[اقرار المرأة بالنكاح]

824 ـ ولا يجوز اقرار المرأة للرجل بالنكاح إلا أن يكونا طارئيين .

[سهم المرأة من الغنائم]

825 ـ ولا حق للمرأة في السهمان وإن حضرت وقاتلت (21) .

---

20) تعاقل المرأة الحرة الرجل في جراحها ما بلغت ثلث ديته أو ساوته ، فإن تجاوزت ذلك ردّت الى قياس ديتها .
وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية » وهذا نص في هذه المسألة (جواهر ابن شاس : 105 أ)

21) لا يسهم للمرأة ، وإن قاتلت على المشهور، لما روى « أن النبيء صلى الله عليه وسلم لم يسهم لعبد ولا امرأة ، لأنهما ليسا من أهل الجهاد » مسلم (انظر الفواكه الدواني : 418/1)

باب أحكام الذمي (*)

[الحكم على الذمي عند النزاع]

826 ـ قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه : إذا كانت خصومة بين مسلم وذمي ، أن الحكم بينهما حكم الاسلام .

وإذا كانا ذميين جميعا ، حكم بينهما الحكم بحكم الاسلام في باب التظالم ، مثل الغصب والتعدي وجحد الحقوق .

وإن تخاصما في غير ذلك مما يوجبونه بديانتهم ويدعونه في شرائعهم ، لم ينظر بينهم/وردوا الى أهل دينهم ، الا أن يتراضوا بالحكم بينهم فيحكم بينهم بحكم الاسلام [44ـأ] (1) .

[حلف الذمي]

827 ـ ومن الحكم في الذميّ :
أنه لا يدخل المساجد ،

---

*) أهل الذمة : أهل العهد ، وهم الذين يؤدون الجزية من المشركين (اللسان : ذمم) .
يذكر المؤلف في هذا الباب احكاما تتعلق بالذمي ، مثل : نزاعه مع مسلم ـ حلفه ـ إسلامه دون زوجته أو قبلها والعكس ـ معاملاته ـ وصيته ...

1) انظر باب الأقضية أعلاه الفقرة : 596 ص 325 .

2) قال ابن فرحون : « يحلف غير المسلمين حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عباداتهم ، ويرسل القاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله .. » .

وأنه إذا وجب عليه اليمين حلف بالله لا غير، حيث يعظمون من كنائسهم (2) .

[ضمان ما أتلف الذمي]

828 ـ ومن تعدى على ذمي ، فكسر له خمرا ، أو قتل له خنزيرا ، وجب عليه قيمة ذلك (3) .

[إسلام عبد الذمي]

829 ـ وإذا أسلم عبد الذمي بيع عليه ، وإذا أسلمت أم ولده عتقت عليه .

وقد كان مالك يقول : توقف ، ثم رجع الى انها تعتق عليه ، إلا أن يسلم الذمي قبل أن تعتق .

وإذا أسلم مدبّره ، أو معلقه الى أجل : فإنهما يؤاجران ولا يعتقان .

[اسلام الذمي المتزوج]

830 ـ واذا اسلم الذمي لم يكن لزوجته خيار، وبقيت تحته يحبسها اذا كانت كتابية (4) ، وكان أولادها الصغار مسلمين بإسلام أبيهم ، كما فسرت من قبل (5) .

فإن كان مجوسيا انحل النكاح بينه وبين زوجته المجوسية ، الا أن تسلم المرأة بقرب إسلام الزوج .

= قال ابن القاسم : لا يزاد على أهل الكتاب : الذي أنزل التوراة والانجيل .

وروى الواقدي عن مالك أنه يزاد على اليهودي : الذي أنزل التوراة على موسى ، وعلى النصراني الذي أنزل الانجيل على عيسى (تبصرة ابن فرحون : 184/1)

3) تغرم قيمة الخمر والخنزير إن أتلفت للذمي ، والا رد عينها . وان سرقت منه الخمر أو سرق الخنزير، فلا قطع لأن المسروق غير محترم (الشرح الصغير : 474/4) .

4) واذا اصاب زوجته الكتابية بعد اسلامه فانه يتحصن (الشرح الصغير : 457/4) .

5) في باب أحكام النكاح الفقرة 297 [إسلام الزوج قبل زوجته] .

وقد قال بعض أصحاب مالك : إن أسلم في عدتها : فهو أحق بها ، مثل إذا أسلمت هي من قبل .

[إسلام الذمية]

831 ـ وإن أسلمت الذمية ولم سلم زوجها ، فإنه إن أسلم الزوج كان أحق بزوجته ، ما دامت في العدة ، فاذا انقضت العدة ، فلا سبيل له اليها ، كانا كتابيين او مجوسيين .

[عتق الذمي وتدبيره]

832 ـ واذا اعتنق الذمي عبده الذمي (6) ، أو كاتبه ، ثم اراد الرجوع عن ذلك لم يعوض له فيه ،

فان أسلم الذمي من قبل رجوعه ، والعبد في يده وأبى من تنفيذ العتق ، وذكر أن ذلك الفعل لم يكن التزمه : فالعتق باطل لبقاء العبد في يديه .

واما التدبير فهو جائز عليه ، لأن حكم المدبر أن يكون في يد سيده يختدمه ، فهو عليه نافذ ، إلا أن يكون رجع عن ذلك رجوعا ظاهرا فلا يلزمه .

[خروج اهل الذمة]

833 ـ واذا خرج اهل الذمة من غير ظلم ركبوا به ، حلوا واستُرِقّوا (7) .

وإن ركبوا بظلم وعنف عليهم ، لم يسترقوا .

---

6) إذا أعتق الذمي شركا له في عبد ذمي لم يلزمه ابن القاسم بقيمة حظ شريكه ، وانما يلزم بذلك اذا كان العبد مسلما أو كان الشريكان مسلمين ، ولو كان العبد ذميا ، واولى اذا كان الثلاثة مسلمين (التاج والاكليل : 337/6)

7) قال السعدي : « ينتقض عهدهم بالقتال ، ومنع الجزية ، والتمرد على الاحكام ، واكراه المسلمة على الزنا .. والتطلع على عورات المسلمين ولتعرضهم بالذم للرسول عليه الصلاة والسلام او لغيره من الانبياء ، ويقتل إلا أن يسلم » انظر (تذكرة الحكام في الاحكام : 8 ب مخ دار الكتب الوطنية بتونس : 18520) .
وقد فصل المواق الأمور التي ينتقض بها عهد أهل الذمة في (التاج والاكليل : 385/3)
والمراد بالخروج والركوب في كلام المصنف : العصيان والخروج عن الطاعة .

قال اشهب : لا يسترقون البتة ، وإذا ظفر بهم صرفوا الى ذمتهم .

[شراء الذمي عبدا مسلما]

834 ـ واذا اشترى الذمي عبدا مسلما : بيع عليه ، ولم يَنْقَض فيه شراؤه ، هكذا قول ابن القاسم .

وقال المغيرة وعبد الملك واشهب وسحنون : يفسخ فيه البيع .

قال سحنون : ويُقَنَّعُ (8) راس البائع اسواطا .

[بيع الذمي خمرا لمسلم]

835 ـ واذا باع الذمي خمرا من مسلم : هريقت على المسلم ، واخذ الثمن من النصراني ، وتصدق به عليه ادبا له .

[معاملات الذمي قبل إسلامه]

836 ـ واذا تعامل الذميان في ربا ثم أسلما ، قال : يترادان رؤوس الأموال ، إذا لم يتقابضا حتى أسلما .
وإذا أسلم احدهما ، وقد تعاملا في سلم في خمر أو خنازير ، فمن أسلم منهما من البائع أو المشتري : وجب بإسلامه فسخ ما تعاقداه من ذلك ، ورد رأس المال ، لأنه حكم بين نصراني ومسلم ، يحكم فيه بحكم الاسلام .
وهذه مسألة ترجح فيها جواب مالك ، ومذهب ابن القاسم هو الذي حكيته .

[شراء أهل الذمة بعضهم بعضا]

837 ـ ولا يمكن أهل الذمة من أن يشتري بعضهم بعضا للعداوة التي بينهم (9) .
وكذلك لا يرث بعضهم بعضا .

---

8) قنّع رأسه بالسيف والسوط والعصا : غشاه به (أقرب الموارد : قنع) .

9) قال السعدي : لا يباع عبد نصراني ليهودي ولا عبد يهودي لنصراني (تذكرة الحكام : 10 أ)

[زنى الذمي]

838 ـ واذا زنى الذمي بالمسلمة طائعة : نكل وأدب (10) .

وان زنى بها مكرهة : قتل ، فكان ذلك من فعله نقضا للعهد والذمة .

وقال ربيعة : اذا زنى بها طائعة ، إنه يقتل لانه نقض للعهد .

[قضاء دين الذمي بعد موته]

839 ـ وإذا مات الذمي وعليه دين لمسلم ، وترك خمرا ، لم يعرض لها ولم يكلف الورثة بيعها ، فان باعوها طائعين وقُضي منها ، اخذ منهم وقُضي منه الدين .
هكذا حكى العتبي في كتابه المستخرج من الأسمعة عن سحنون .

وذكر عبد الملك بن حبيب عن مطرف /بن عبد الله : ان السلطان يأمر الوصي ، او [44 ـ ب] الورثة بالبيع ، وان نقضوا المسلم حقه .

[وصية الذمي]

840 ـ وجائز أن يوصي الذمي الى الذمي (11) .

ولا يجوز ان يوصي الى حربي ولا الى مستأمن (12) .

وجائز للذمي ان يوصي الى مسلم .

---

10) لا يقام على الذمي الحد برجمه اذا زنى بالمسلمة الطائعة ، لان الرجم لا يكون الا للمحصن الذي يشترط فيه ن يكون حرا مسلما مكلفا ، فان اختل شرط لم يكن محصنا ولم يرجم (الشرح الصغير : 455/4) .

11) لابن القاسم في العتبية في نصراني اوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له ، قال : يدفع الى اساقفهم ثلث ماله وثلث ماله للمسلمين (مواهب الجليل : 365/6)
والأسقفّ : رئيس النصارى في الدين . اعجمي تكلمت به العرب ولا نظير له إلا اسربّ . والجمع أساقف واساقفة (اللسان : سقف) .

12) قال الحطاب : ظاهر كلامهم ان وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ، ذميا أو حربيا ولم أر من صرح به (نم) .

وجائز للمسلم ان نقبلها اذا لم يكن في تركته الخمر والخنازير (13) .

قال أشهب : لا بأس أن يقبلها المسلم ، ولا يكون اليه شيء من النظر في الخمر والخنازير .

[غُنم الذمي]

841 ـ واذا غنم الذمي من أيدي الشرك ، وقد كان سبي من قبل ، فانه يرد الى ذمته .

وإن أسلموا عليه كان عبداً لهم .

[دية الذمي]

842 ـ ودية الذمي الكتابي على النصف من ديات المسلمين (14) .

ودية نسائهم على النصف من ديات نساء المسلمين (14) .

واما دية المجوسي فثمانمائة درهم (14) .

[لا زكاة على الذمي]

843 ـ ولا تؤخذ من الذمي ، في زرعه ، ولا نخله ، ولا ماله العين ، زكاة .

[جزية الذمي]

844 ـ ومن حكمهم : أنه لا يضرب على نسائهم ، ولا على عبيدهم جزية (15) ، ولا

13) انما صحت وصية الكافر للمسلم لانه حر مالك مميز، فان اوصى لمسلم بما لا يصح ملكه من خمر ونحوه لم تصح ، فان أوصى بذلك لكافر صحت وصيته لانه أوصى بها لمن يصح ملكه لها (ن.م) .

14) جاء في المدونة : أن دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم ، وان دية نسائهم على النصف من دية رجالهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم والمجوسية أربعمائة درهم .

وقال ابن شاس : المعاهد كالذمي ، ودية نساء كل جنس على النصف من دية رجالهم (مواهب الجليل : 257/6)

15) اوضح العلماء الحكمة من فرض الجزية على اهل الذمة فقالوا : « ان الذل الذي يلحقهم يحملهم على ـ

على صبيانهم حتى يبلغوا (16) .

[تعشير تجارة الذمي]

845 ـ وحكم الذمي اذا تجر الى غير البلد الذي هو به : ان يؤخذ منه العشر من ثمن ما يبيعه ، وإن لم يبع فلا شيء عليه .

[حقوق الذمي إذا أسلم]

846 ـ وإذا أسلم الذمي حطت عنه الجزية (17) ، ولو لم يبق من عامه إلا يوم واحد .

وإذا أسلم الذمي ، وكان من أهل الصلح ؛ فهو أحق بأرضه وماله .

واذا كان من أهل العنوة : أحرز بإسلامه نفسه ، ولاشيء له في أرضه ولا في ماله .

انتهى بحمد الله وعونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله .

من نسخة فيها بعض تصحيف ، قال ناسخها : إنه كتبها من نسخة قديمة كتبت سنة 586 .

الدخول في الاسلام مع ما في مخالطة المسلمين من الاطلاع على محاسن الاسلام » .
والاصل في الجزية قوله تعالى « .. حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » التوبة : 29 .
وهناك خلاف في سنة مشروعيتها : قيل هي سنة ثمان للهجرة وقيل سنة تسع للهجرة (مواهب الجليل : 380/3)

16) أوضح المواق الكلام عمن تؤخذ منهم الجزية عند شرحه لقول خليل « عقد الجزية اذن الامام لكافر صح سباؤه حر قادر مخالط لم يعتقه مسلم .. » (التاج والاكليل : 380/3 ـ 384) .

17) إذا أسلم الذمي وجب الكف عنه لعصمة دمه وماله بالاسلام (الفواكه الدواني : 411/1)
قال ابن الحاجب وغيره : أن الجزية تسقط عن الذمي بإسلامه ولو كانت في ذمته سنين متعددة (مواهب الجليل : 382/3) .

كشف موجز بتراجم الأئمة الأعلام الوارد ذكرهم
في كتاب أصـــول الفتيـا*

- **أبو إسحاق البرقي :**

إبراهيم بن عبد الرحمن البرقي المصري أبو إسحاق (ت 245) . روى عن أشهب وابن وهب ؛ وأخذ عنه أهل مصر. وله مجالس رواها عن أشهب حملت عنه .

(حسن المحاضرة : 447/1 ؛ الديباج : 259/1)

- **أشـهـب**

أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي أبو عمرو العامري (145 ـ 204 بمصر) فقيه ثبت ورع . انتهت إليه زعامة المذهب بعد ابن القاسم . صاحب مالكا ، وروى عن الليث والفضيل بن عياض . وأخذ عنه بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون وجماعة . وخرج له أصحاب السنن .

- (الانتقاء لابن عبد البر: 51 ؛ تهذيب التهذيب : 359/1 ؛ طبقات الفقهاء : 150 ؛ المدارك : 262/2 ؛ وفيات الأعيان : 238/1)

- **أصـبـغ**

أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع أبو عبد الله المصري(بعد 150 ـ 225) . رحل إلى المدينة للسماع من مالك فلم يدركه . وصحب ابن القاسم وابن وهب وأشهب وتفقه بهم . وكان صدوقا ثقة ، وعليه تفقه ابن المواز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم .

- (تهذيب التهذيب : 361/1 ؛ حسن المحاضرة : 308/1 ؛ الديباج : 299/1 ؛ المدارك : 17/4 .

---

* تواريخ الولادات والوفيات هجريـة .

* لم نعتبر في ترتيب هذا الفهرس الكلمات : ابن ، أبو ، ابن أبي ، الواردة في الكنى والألقاب .

- **الأوزاعي :**

أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي (188 ببعلبك - 157 ببيروت) إمام الشام في الفقه والزهد . كانت الفتيا بالأندلس تدور على رأيه إلى عهد الحكم بن هشام . له كتاب السنن وكتاب المسائل .
(حلية الأولياء :135/6 ؛ فهرست ابن النديم : 227/1 ؛ تهذيب التهذيب : 238/6 ؛ شذرات الذهب : 241/1 ؛ وفيات الأعيان :127/3)

- **جبلة :**

جبلة بن حمود بن عبد الرحمن الصدفي أبو يوسف (120 - 299) من أهل إفريقية . أسلم جده على يد عثمان بن عفان رضي الله عنه . سمع من سحنون وأبي إسحاق البرقي وغيرهما من المصريين والإفريقيين . وروى عن سحنون المدونة . كان من أهل الخير والعبادة والزهد .
(الديباج : 323/1 ؛ طبقات الخشني : 143 ؛ معالم الإيمان : 183/2)

- **ابن أبي حازم :**

عبد العزيز بن أبي حازم مولى أسلم أبو تمام . (107 - 182) تفقه مع مالك على ابن هرمز ، وسمع أباه وزيد بن أسلم ومالكا . وكان من جلة أصحابه . وثقه ابن معين .
(الانتقاء :55 ؛ طبقات الفقهاء للشرازي : 146 ؛ المدارك : 9/3)

- **ابن حبيب :**

عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عباس بن مرداس السلمي أبو مروان الأندلسي (ت 238 وقيل : 239) أخذ عن الماجشون ومطرف وغيرهما . تولى الإفتاء بقرطبة ، وانفرد بالرئاسة بعد وفاة يحيى بن يحيى. من تآليفه إعراب القرآن والفرائض والجامع والرغائب .
(تاريخ العلماء والرواة لابن الفرضي : 312/1 ؛ تذكرة الحفاظ : 117/2 ؛ جذوة المقتبس : 263 ؛ الديباج : 8/2 ؛ ميزان الاعتدال : 148/2)

- **الحسن بن زيد :**

الحسن بن زيد بن الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي أبو محمد المدني والد السيدة نفيسة (168 عن 85 سنة) روى عن أبيه وابن عمه عبد الله بن الحسن وعكرمة وغيرهم ، وعنه ابن أبي ذئب وابن إسحاق ومالك وابن أبي الزناد ، ثقة . ولاه المنصور المدينة خمس سنين . أخرج له النسائي .
(تهذيب التهذيب : 279/2 ؛ ميزان الاعتدال : 492/1)

- **حسين بن عاصم :**

حسين بن عاصم أبو الوليد الثقفي (208 على مارجحه عياض) من فقهاء قرطبة . سمع من أبي القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف وابن نافع وغيرهم . أدخل العتبي سماعه في المستخرجة .
(المدارك : 120/4 - 121)

- **الدمياطي :**

عبد الرحمان بن أبي جعفر (- 226) روى عن مالك ، وأسند إليه وسمع من أكابر أصحابه كابن القاسم وابن وهب وأشهب . له سماع عنهم مختصر رواه عنه يحيى بن عمر وغيره . وكتبه معروفة باسمه الدمياطية .
(المدارك : 375/3) .

- ابن أبي ذئب :

محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن أبي ذئب القرشي من بني عامر بن لؤي أبو الحارث (ـ 158 أو 159 بالكوفة) تابعي فقيه تولى القضاء وكان يفتي بالمدينة .

(تهذيب التهذيب : 303/9 ؛ الفهرست : 225/1 ؛ النجوم الزاهرة : 35/2 ؛ هدية العارفين : 7/2)

- ربيعة :

ربيعة بن عبد الرحمن فروخ التيمي المدني صاحب الرأي (ـ 136) مولى آل المنكدر أبو عثمان . شيخ الإمام مالك . فقيه عالم حافظ للفقه والحديث .

(إسعاف المبطأ : 9 ؛ التمهيد لابن عبد البر : 1/3 ؛ التحفة اللطيفة للسخاوي : 64/2 ؛ تذكرة الحفاظ : 142/1 : تهذيب التهذيب : 258/3 ؛ مشاهير علماء الامصار : 81)

- ابن زياد :

أحمد بن أحمد بن زياد الفارسي أبو جعفر (243 ـ 319 أو316) فقيه ، صاحب نظر لا يرى التقليد . شاعر لغوي ، صاحب ابن عبدوس وابن سلام ومحمد بن تميم القفصي وأبا جعفر الأربلي وغيرهم . وكان يكتب السجلات لابن مسكين القاضي . سمع منه ابن حارث وأحمد بن حزم وأبو العرب وغيرهم . كان عالما بالوثائق ، ثقة . له أحكام القرآن ، وموقيت الصلاة .

(المدارك : 114/5)

- ابن زياد :

علي بن زياد أبو حسن (ـ 183) قبره معروف بساحة القصبة بحاضرة تونس . من أهل تونس . كان ثقة . مأمونا ، فقيها ، متعبدا بارعا في الفقه . سمع من مالك بن أنس وسفيان الثوري والليث بن سعد وابن لهيعة وغيرهم . وسمع عنه البهلول بن راشد . وسحنون وأسد بن الفرات .

(طبقات أبي العرب : 251)

- أبو زيد بن أبي الغمر :

عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر مولى بني سهم أبو زيد (160 ـ 234) أخذ عن ابن القاسم وابن وهب وغيرهما . وأخرج عنه البخاري في صحيحه . وكان فقيها ثقة مفتيا .

(تهذيب التهذيب : 249/6 ؛ الديباج : 472/1)

- ابن عباس :

عبد الله بن عباس القرشي الهاشمي المكي (ـ 70 بالطائف عن واحد وسبعين سنة) حبر الأمة وترجمان القرآن روى عن الرسول ﷺ .وأخرج له الشيخان كثيرا .

(الرياض المستطابة للعامري : 198)

- سحنون :

سحنون بن سعيد بن حبيب أبو سعيد عبد السلام التنوخي القيرواني(ـ 240 بالقيروان وقبره معروف بها) حافظ عابد إمام ، أخذ عن أيمة من أهل المشرق والمغرب ، وغنه كثير ، منهم : ابنه محمد وابن عبدوس ويحيى بن عمر . أخذ المدونة عن ابن القاسم فكان عليها المعول ومال الناس اليها . ولي القضاء سنة 234 .

(الديباج : 30/2 ؛ رياض النفوس : 249/1 ؛ المدارك : 45/4 ، مرآة الجنان : 131/2 ؛ طبقات الفقهاء : 56 ؛ الحلل السندسية : 769/1)

- شبطـون

الراجح أنه زياد بن عبد الرحمن بن زهير بن ناشرة الأندلسي (ـ حوالي 193) . سمع من مالك الموطأ . وكان أول من أدخله الأندلس متفقها بالسماع منه . كان ناسكا ورعا . امتنع من تولي القضـاء .

(المدارك : 116/3)

- ابن عبـد الحكـم عبـد الله :

عبد الله بن عبد الحكم بن أعيـن بن ليث بن رافع أبو محمد المصري(150 بالإسكندرية ـ 214 بالقاهرة) فقيه حافظ نظار . من أجلة أصحاب مالك ومن رواة موطئـه . انتهت رئاسة المذهب بمصر اليه بعد أشهب . له مصنفـات في الفقه .

(الانتقاء : 52 ؛ حسن المحاضرة : 305/1)

- ابن عبد الحكم محمـد :

محمد بن عبد الله بن عبد الحكم أبو عبد الله المصري (182 ـ 268) عالم فقيه . مبرز من أهل المناظرة والحجة ، انتهت له الرئاسة بمصر في العلم . سمع من أبيه وابن أبي فديك وأشهب وابن وهب وابن القاسم وشعيب بن الليث وغيرهم من أصحاب مالك . وصحب الشافعي وكتب عنه وأخذ . وروى عنه النيسابوري وعيسى بن مسكين وأبو جعفر الطبري وغيرهم . له أحكام القرآن . والوثائق والشروط . أدب القضاة .

(الانتقاء : 113 ؛ تهذيب التهذيب : 260/9 ؛ حسن المحاضرة : 309/1 ؛ طبقات الشافعية للسبكي : 223/1 ؛ مفتاح السعادة : 155/2)

- عبـد الرحـيم :

لعله عبد الرحيم بن عبد ربه . له سماع من سحنون وكان قريبا منه في السـن . سمع منه عيسى بن مسكين وغيره . وهو من ساكني قصر رباد المرابط .

(طبقات ابي العرب : 112)

- ابـن عبـدوس :

محمد بن إبراهيم أبو عبد الله (حوالي 260 بعد سحنون بثلاث سنوات) أصله من العجم من موالي قريش . ثقة إمام ناسك عابد متواضع . عالم بمواطن الاختلاف والإجماع لدى اهل المدينة . غزير الاستنباط . من كبار أصحاب سحنون وأفقههم . كتابه المجموعة في الفقه على مذهب مالك وأصحابه . وله تصانيف أخرى .

(طبقـات الخشني : 133 ؛ رياض النفوس : 360/1 ؛ المدارك : 222/4 ؛ الديباج : 174/2)

- العتبـي :

محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة بن جميل بن عتبة بن ابي سفيان أبو عبد الله العتبي القرطبي (ـ 254 أو 255) سمع من يحيى بن يحيى . ورحل فسمع من سحنون وأصبغ . اشتهر بالحفظ للمسائل والعلم بالنوازل . له المستخرجة في الفقه التي كان عليها المعول في الأندلس .

(الديبـاج : 176/2 ؛ المدارك : 252/4)

- **عيسى بن دينار**

(ـ 212) رحل ليسمع من ابن القاسم ، فصحبه وعوّل عليه . عاد إلى الأندلس فأصبح مفتيا . وكان فقيها بارعا ورعا . نشر مذهب مالك بالأندلس .

(تاريخ ابن الفرضي : 373/1 ؛ جذوة المقتبس : 279 ؛ الديباج : 64/2)

- **ابن عيسى :**

لعله شجرة بن عيسي المعافري (167 ـ 262) سمع ابن زياد وابن أشرس وأباه عيسى الذي روى عن مالك والليث . ولي قضاء تونس في أيام سحنون . فكان من خير القضاة وأعدلهم .

(الديباج : 401/1)

- **عيسى بن مسكين :**

عيسى بن مسكين بن منصور الإفريقي . مولى قريش . سمع من سحنون وابنه جميع كتبه ومن غيرهما . كان اعتماده على سحنون . كان فقيها عالما فصيحا ورعا مهيبا وقورا صالحا متفننا في العلوم جيد الشعر . كثير الكتب في الفقه .

(المرتبة العليا : 30 ، الديباج : 66/2)

- **ابن القاسم :**

عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري(ـ 191 عن 63 سنة) كان عالما زاهدا سخيا شجاعا . روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون . ومسلم بن خالد الزنجي . وروى عنه أصبغ وسحنون وغيرهما .

(الانتقاء : 50 ، تهذيب التهذيب : 252/6 ؛ حسن المحاضرة : 303/1 ، الديباج : 465/1 : شجرة الذهب : 329/1 ، العبر : 307/1 ، المدارك : 244/3)

- **القطان :**

موسي بن عبد الرحمن أبو الأسود المعروف بالقطان . صحب محمد بن سحنون وسمع منه . حسن المسائل والتكلم في الرأي على مذهب مالك وأصحابه . ولي قضاء طرابلس .

(طبقات الخشني : 159)

- **ابن كنانة :**

أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة(186 أو 185 بمكة) من فقهاء المدينة . أخذ من مالك وغلبه الرأي ؛ وهو الذي انتصب في مجلس مالك بعد وفاته .

(الانتقاء : 55 ، التحفة اللطيفة : 398/3 ، طبقات الفقهاء للشيرازي : 146 ، المدارك : 21/3)

- **ابن اللباد :**

محمد بن اللباد بن محمد بن وشاح . مولى الأقرع مولى موسى بن نصير اللخمي (333) حافظ فقيه آخر شيوخ وقته من أصحاب يحيى بن عمر . به تفقه وأخذ عن أخيه محمد بن عمرو . وسمع من جميع شيوخ زمانه كأبي بكر بن عبد العزيز الأندلسي المعروف بابن الخراز وحبيب بن نصر . وعنه سمع جماعة من الناس . وتفقه به أبو محمد بن أبي زيد وابن حارث . وروى عنه زياد بن عبد الرحمن القروي ومحمد بن الناظور .

(الديباج : 198/2 ، المدارك : 286/5)

- **لقمان بن يوسف :**

أبو سعيد الغساني (ـ 319 أو 318 بتونس) قارىء بقراءة نافع ، عابد ، حافظ لمذهب مالك فقيه . لغوى محدث . كان بالقيروان . سكن صقلية ثم استوطن تونس . سمع من يحيى بن عمر وعليه اعتمد . وعيسى أبن مسكين وغيرهما من أصحاب سحنون . حج وسمع بمصر كثيرا . أخذ عن علي بن عبد العزيز ويحيى بن أيوب العلاف . درس المدونة أربع عشرة سنة .

(المدارك : 296/5)

- **الليث :**

الليث بن سعد الفهيمي بالولاء أبو الحارث (ـ 175 بالقاهرة) شيخ الديار المصرية وعالمها يحسن القرآن والنحو ويحفظ الشعر والحديث وله تصانيف .

(تاريخ بغداد :13/3 ؛ تذكرة الحفاظ : 201/1 ؛ تهذيب التهذيب : 459/8 ؛ حسن المحاضرة :301/1 ؛ الحلية : 318/7 ؛ النجوم الزاهرة : 82/2)

- **ابن الماجشون ، عبد العزيز :**

عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون (ـ 164 بالعراق) من فقهاء المدينة ، ثقة . ممن يحفظ مذاهب الفقهاء بالحرمين ويفرع على أصولهم .

(تهذيب التهذيب : 343/6 ؛ طبقات الفقهاء : 67 ؛ مشاهير علماء الأمصار :140)

- **ابن الماجشون ، عبد الملك :**

عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون القرشي أبو مروان (ـ 212 أو 214) مفتي المدينة في زمانه كان فقيها فصيحا ، روى عن مالك وعن أبيه .وبه تفقه أيمة كابن حبيب وسحنون .

(الانتقاء : 57 ؛ طبقات الفقهاء للشيرازي : 148 ؛ ميزان الاعتدال : 150/2)

- **محمد بن سحنون :**

محمد بن عبد السلام سحنون التنوخي أبو عبد الله (202 ـ 256 بالقيروان) فقيه مالكي . نظار من أهل القيروان . له رحلة إلى المشرق . من كتبه آداب المعلمين ، والتاريخ ، والحجة .

(رياض النفوس : 345/1 ؛ شذرات الذهب : 159/2 ؛ طبقات الخشني : 129 ؛ المدارك : 204/4)

- **ابن مزين :**

أبو زكرياء يحيى بن زكرياء بن إبراهيم بن مزين ، مولى رملة بنت عثمان (حوالي 259) فقيه . أصيل طليطلة ، نزل بقرطبة . روى عن عيسى بن دينار ، ورحل إلى المشرق فروي الموطأ عن مطرف وحبيب كاتب مالك . وسمع من القعنبي بالعراق ومن أصبغ بمصر . تولى قضاء طليطلة . له تفسير الموطأ . وفضائل القرآن .

(الديباج : 361/2 ؛ المدارك : 238/4)

- **ابن مسكين :**

الحارث بن مسكين أبو عمرو بن محمد بن يوسف مولى ابن مروان (154 أو 156 ـ 250) فقيه محدث

ورع . سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب من كبار أصحاب ابن القاسم وأشهب . ممن روى عنه أبو داود والنسائي . تولى القضاء بمصر فكان عدلا .
(الديباج : 1/339 ـ 340)

- ابـن المسيـب :

سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي المدني(ت 93 أو 94) سيد فقهاء التابعين . من أعلم أهل زمانه بالحلال والحرام .
(إسعاف المبطأ : 12 ؛ تذكرة الحفاظ : 1/46 ؛ تهذيب التهذيب : 4/48)

- مطـرف :

مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار أبو مصعب المدني (ـ 220 بالمدينة) فقيه . روى عن مالك ، وثقه الدارقطني وغيره .
(الانتقاء : 58 ؛ تهذيب التهذيب : 10/175 ؛ المدارك : 3/133)

- المغـيرة المخـزومي :

المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي (124 ـ 188) أحد المفتين بالمدينة بعد مالك . خرج له البخاري . سمع أباه وابن عجلان وموسى بن عقبة . وأبا الزناد ومالكا وهشام بن عروة .
(الانتقاء : 53 ؛ طبقات الفقهاء للشيرازي : 146 ؛ المدارك : 3/2)

- ابـن المـواز :

محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري المعروف بابن المواز (180 ـ 269 أو 281) كان راسخا في الفقه والفتيا . له كتاب مشهور من أمهات كتب المذهب (الموازية) . تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد على أصبغ .
(حسن المحاضرة : 1/310 ؛ الديباج : 2/166 ؛ شجرة النور : 1/68)

- ابـن نـافـع :

عبد الله بن نافع الصائغ أبو محمد مولى ابن مخزوم المدني (ـ 186) روى عن مالك وابن أبي ذئب وغيرهما وتفقه بمالك ونظرائه . كان أميا لا يكتب . وكان أحد المفتين بالمدينة ، يقدمه أهل الحديث على أصحاب مالك في الحديث والفقه . له تفسير في الموطأ . جلس مجلس مالك بعد ابن كنانة .
(طبقات الفقهاء للشيرازي : 147 ؛ المدارك : 3/128)

- ابـن وهـب :

عبد الله بن وهب بن مسلم أبو محمد الفهري المصري (ـ 197 بمصر) جمع بين الفقه والحديث والعبادة . وكان حافظا ثقة مجتهدا . ألف كتاب الجامع وغيره .
الانتقاء :48 ؛ المدارك : 3/228 ؛ وفيات : 3/36)

- يحيى بـن عمـر :

يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكناني الأندلسي (213 ـ 289) فقيه ثقة ضابط . سكن القيروان ثم استوطن سوسة . وبها قبر . أخذ عن ابن حبيب وسمع من سحنون ومن أصحاب ابن وهب وابن القاسم وأشهب . ألف كتبا كثيرة منها الرد على الإمام الشافعي .

(بغية الملتمس : 490 ؛ جذوة المقتبس : 354 ؛ رياض النفوس : 296/1 ؛ الديباج : 354/2 ، طبقات الخشني : 134)

- **يـونـس بـن عبـد الأعلـى :**

ذكره الخشني في ترجمة ابي العباس عبد الله بن أحمد بن أبي طـالب . وأشار أن الأخير لمّا حجّ لقي يونس ابن عبد الأعلى كما لقي ابن عبد الحكم .

(طبقات الخشني : 136) ولم نهتد إلى ترجمة خاصة له .

فهـــرس الآيـــات *

- « أربعة أشهر وعشرا » 202/335
- « ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » 92/ 91
- « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » 272/467
- « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الأنعام » 89/ 87
- « هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما » 79/ 74
- « واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجّل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخّر فلا اثم عليه لمن اتّقى » 89/ 87

فهـــرس الأحـــاديث.

- « أن رسول الله جمع بين الظهر والعصر . والمغرب والعشاء في غير سفر ولا خوف » 66/ 45
- « أن رسول الله نهى عن الاستنجاء بالروث والحممة والجلد والعظم » 54/ 18
- « أنه استقرض أربعة أبعرة ، فردّ ثمانية » 123/158
- « خرجنا مع النبيّ ﷺ فحال كفّار قريش دون البيت فنحر النبيّ هداياه وحلق وقصر أصحابه » 91/ 89
وحلق وقصر أصحابه » ....
- « كنّا مع رسول الله ﷺ بالقاحة ومنّا المحرم ومنّا غير المحرم فرأيت أصحابي يتراءون شيئا فنظرت فإذا حمار وحش... فقال : كلوه حلالا 81/ 73
- « الفأرة ، والعقرب ، والغراب ، والحدأة ، والكلب العقور » 82/ 75
- « المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا » 376/700
- « لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلاّ ووصيّته مكتوبة » 226/391

---

* محتوى الفهرسين خصوص الآيات والأحاديث الواردة في أصل الكتاب نصّا أو إشارة والأرقام التي على اليمين تشير إلى فقرات الكتاب والتي على الشمال لصفحاته .

فهـــرس الأعـــلام *

ـ أ ـ

أبو ابراهيم المازني :
194 .

أحمد بن زياد :
300 .

أبو اسحاق البرقي :
176 .

أبو اسحاق العزفي :
52 ، 54 .

أشهب = أشهب بن عبد العزيز :
52 ، 53 ، 54 ، 56 ، 59 ، 61 ، 66 ،
67 ، 75 ، 78 ، 96 ، 97 ، 99 ، 110 ،
113 ، 130 ، 134 ، 137 ، 138 ، 141 ،
155 ، 176 ، 200 ، 202 ، 204 ، 207 ،
208 ، 209 ، 213 ، 216 ، 221 ، 222 ،
226 ، 230 ، 236 ، 246 ، 253 ، 261 ،
262 ، 266 ، 276 ، 277 ، 281 ، 282 ،
288 ، 291 ، 298 ، 302 ، 312 ، 315 ،
320 ، 335 ، 336 ، 341 ، 342 ، 344 ،
360 ، 382 ، 383 ، 394 ، 410 ، 412 ،
413 ، 421 ، 434 ، 436 .

أصبغ = أصبغ بن الفرج :
55 ، 110 ، 128 ، 136 ، 148 ، 237 ،
293 ، 337 ، 357 ، 360 ، 409 .

الأوزاعي :
313 .

ـ ب ـ

ابن أبي بسرة :
286 ، 287 .

أبو بكر محمد بن عمر بن اللباد :
382 .

ـ ج ـ

جبلة بن حمود :
140 .

* لم نعتبر في ترتيب هذا الفهرس الكلمات : ابن ، أبو ، ابن أبي ، الواردة في الكنى والألقاب .

ـ ح ـ

الحارث بن مسكين :
382 .

ابن أبي حازم :
299 .

ابن حبيب = عبد الملك بن حبيب :
53 ، 54 ، 55 ، 58 ، 109 ، 123 ، 128 ، 140 ، 141 ، 149 ، 203 ، 216 ، 256 ، 282 ، 283 ، 286 ، 290 ، 309 ، 310 ، 313 ، 353 ، 369 ، 418 ، 429 ، 434 ، 435 .

الحسن بن زيد بن علي بن أبي طالب :
286 .

حسين بن عاصم :
344 .

ـ د ـ

ابن دينار :
364 .

ـ ذ ـ

ابن أبي ذئب :
286 .

ـ ر ـ

ربيعة :
422 ، 435 .

ـ ز ـ

ابن الزقاق :
418 .

أبو زيد بن أبي الغمر :
149 ، 194 .

ـ س ـ

سحنون = سحنون بن سعيد :
53 ، 62 ، 66 ، 69 ، 73 ، 106 ، 133 ، 140 ، 141 ، 143 ، 151 ، 162 ، 163 ، 214 ، 215 ، 220 ، 223 ، 256 ، 276 ، 279 ، 286 ، 290 ، 296 ، 307 ، 315 ، 316 ، 319 ، 329 ، 335 ، 344 ، 357 ، 361 ، 362 ، 365 ، 403 ، 410 ، 412 ، 415 ، 429 ، 434 ، 435 .

ـ ش ـ

شبطون :
276 .

ـ ع ـ

ابن عباس :
313 .

أبو العباس بن أبي طالب القاضي :
288 .

ابن عبد الحكم : (انظر محمد بن عبد الحكم) .

عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي :
261 .

عبد الرحيم :
427 .

عبد العزيز = عبد العزيز بن الماجشون = عبد العزيز ابن أبي سلمة الماجشون :
155 ، 213 ، 286 ، 287 ، 368 .

عبد الله بن عبد الحكم :
55 .

عبد الله بن وهب : (انظر ابن وهب)

عبد الملك بن حبيب : (انظر ابن حبيب) .

عبد الملك = عبد الملك بن عبد العزيز = عبد الملك ابن الماجشون : (انظر ابن الماجشون).

ابن عبدوس = محمد بن ابراهيم ابن عبدوس = محمد بن عبدوس :
54 ، 57 ، 138 ، 143 ، 276 ، 277 ، 281 ، 300 ، 302 .

العتبي = محمد :
362 ، 435 .

علي = علي بن زياد :
56 ، 62 ، 102 ، 104 ، 176 ، 349 ، 383 .

عيسي :
204 ، 357 ، 358 ، 362 .

ابن عيسي :
403 .

ـ ق ـ

ابن القاسم :
49 ، 52 ، 53 ، 54 ، 55 ، 56 ، 57 ، 58 ، 60 ، 61 ، 66 ، 67 ، 69 ، 75 ، 88 ، 91 ، 101 ، 105 ، 110 ، 114 ، 115 ، 116 ، 128 ، 130 ، 136 ، 140 ، 141 ، 143 ، 148 ، 149 ، 150 ، 151 ، 155 ، 158 ، 159 ، 162 ، 163 ، 164 ، 165 ، 193 ، 194 ، 197 ، 207 ، 208 ، 209 ، 210 ، 212 ، 213 ، 216 ، 218 ، 220 ، 221 ، 222 ، 225 ، 237 ، 241 ، 242 ، 243 ، 244 ، 248 ، 250 ، 251 ، 253 ، 254 ، 256 ، 260 ، 261 ، 262 ، 266 ، 267 ، 272 ، 274 ، 276 ، 281 ، 286 ، 289 ، 291 ، 295 ، 296 ، 298 ، 312 ، 319 ، 320 ، 329 ، 332 ، 335 ، 337 ، 341 ، 342 ، 344 ، 353 ، 357 ، 358 ، 362 ، 364 ، 365 ، 368 ، 377 ، 381 ، 382 ، 396 ، 402 ، 403 ، 404 ، 405 ، 410 ، 413 ، 414 ، 415 ، 418 ، 420 ، 422 ، 427 ، 429 ، 434 .

ـ ك ـ

ابن كنانة :
57 ، 105 ، 143 ، 220 ، 222 ، 268 ، 308 ، 411 ، 415 .

ـ ل ـ

لقمان بن يوسف :
140 ، 176 .

الليث بن سعد :
421 .

ـ م ـ

ابن الماجشون = عبد الملك = عبد الملك بن عبد العزيز = عبد الملك بن الماجشون :
55 ، 61 ، 67 ، 73 ، 75 ، 91 ، 101 ، 105 ، 109 ، 116 ، 136 ، 140 ، 141 ، 149 ، 155 ، 199 ، 203 ، 209 ، 216 ، 221 ، 236 ، 242 ، 244 ، 255 ، 256 ، 260 ، 262 ، 267 ، 278 ، 283 ، 293 ، 302 ، 303 ، 312 ، 319 ، 334 ، 342 ، 344 ، 349 ، 353 ، 357 ، 364 ، 370 ، 403 ، 410 ، 414 ، 415 ، 418 ، 428 .

مالك = مالك بن أنس :
43 ، 44 ، 47 ، 49 ، 53 ، 54 ، 55 ، 56 ، 57 ، 59 ، 61 ، 62 ، 66 ، 67 ، 68 ، 73 ، 83 ، 90 ، 91 ، 96 ، 98 ، 102 ، 103 ، 104 ، 105 ، 106 ، 108 ، 110 ، 114 ، 123 ، 125 ، 128 ، 134 ، 136 ، 138 ، 143 ، 148 ، 152 ، 155 ،

158 ، 160 ، 176 ، 185 ، 192 ، 196 ، 197 ، 202 ، 203 ، 207 ، 208 ، 213 ، 215 ، 217 ، 221 ، 222 ، 237 ، 239 ، 240 ، 249 ، 251 ، 259 ، 265 ، 270 ، 273 ، 276 ، 282 ، 286 ، 287 ، 288 ، 309 ، 317 ، 320 ، 336 ، 337 ، 338 ، 339 ، 344 ، 349 ، 353 ، 359 ، 368 ، 369 ، 372 ، 376 ، 379 ، 380 ، 383 ، 384 ، 396 ، 400 ، 402 ، 403 ، 408 ، 409 ، 412 ، 414 ، 415 ، 417 ، 419 ، 421 ، 427 ، 428 ، 431 ، 432 ، 434.

محمد بن ابراهيم بن عيدوس : (انظر بن عيدوس)

محمد بن ابراهيم بن المواز = محمد بن المواز :
59 ، 62 ، 110 ، 254 . .

محمد = محمد بن أسد بن حارث (المؤلف) :
43 ، 47 ، 49 ، 91 ، 93 ، 95 ، 98 ، 103 ، 104 ، 106 ، 108 ، 109 ، 110 ، 112 ، 115 ، 125 ، 139 ، 140 ، 145 ، 152 ، 154 ، 156 ، 161 ، 164 ، 166 ، 173 ، 181 ، 182 ، 191 ، 193 ، 195 ، 202 ، 206 ، 207 ، 210 ، 215 ، 218 ، 220 ، 225 ، 228 ، 231 ، 235 ، 239 ، 243 ، 245 ، 249 ، 253 ، 254 ، 256 ، 257 ، 259 ، 264 ، 276 ، 277 ، 279 ، 280 ، 281 ، 288 ، 295 ، 296 ، 299 ، 305 ، 313 ، 317 ، 323 ، 331 ، 332 ، 336 ، 337 ، 339 ، 342 ، 343 ، 344 ، 346 ، 348 ، 351 ، 353 ، 357 ، 359 ، 362 ، 366 ، 367 ، 372 ، 376 ، 380 ، 384 ، 386 ، 391 ، 394 ، 397 ، 402 ، 408 ، 414 ، 417 ، 425 ، 431 .

محمد بن سحنون :
277 ، 289 ، 313 ، 357 .

محمد بن عبد الله بن عبد الحكم = محمد بن عبد الحكم :
53 ، 55 ، 66 ، 194 ، 241 ، 260 ، 332 .

محمد بن عمران الطلحي :
286 ، 287 .

محمد بن المواز : (انظر محمد بن ابراهيم المواز)

ابن مزين :
337 .

ابن المسيب :
194 ، 213 .

مطرف = مطرف بن عبد الله :
55 ، 57 ، 140 ، 141 ، 203 ، 260 ، 282 ، 302 ، 341 ، 435 .

المغيرة = المغيرة المخزومي :
56 ، 73 ، 150 ، 200 ، 209 ، 215 ، 219 ، 222 ، 251 ، 310 ، 321 ، 338 ، 342 ، 357 ، 370 ، 396 ، 428 ، 434 .

موسى بن عبد الرحمن القطان :
277 ، 278 .

ـ ن ـ

ابن نافع :
75 ، 138 ، 148 ، 185 ، 220 ، 344 ، 406 ، 409 .

ـ و ـ

ابن وهب = عبد الله بن وهب :
53 ، 62 ، 66 ، 78 ، 102 ، 114 ، 138 ، 207 ، 276 ، 288 ، 290 ، 364 ، 379 ، 402 ، 418 ، 421 .

- ي -

يحيى بن عمر = يحيى بن عمر الاندلسي :
151 ، 176 ، 382 .

يحيى (بن يحيى الليثي) :
362 ، 365 ، 382 .

يونس بن عبد الأعلى :
288 .

فهـــرس الجمـاعــات

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم :
81 ،250 .

أصحاب مالك :
47 ، 55 ، 68 ، 103 ، 105 ، 125 ، 134 ، 149 ، 150 ، 152 ، 159 ، 160 ، 199 ، 202 ، 207 ، 213 ، 215 ، 222 ، 231 ، 236 ، 242 ، 249 ، 259 ، 264 ، 270 ، 276 ، 279 ، 309 ، 317 ، 327 ، 335 ، 339 ، 344 ، 361 ، 362 ، 369 ، 372 ، 376 ، 380 ، 402 ، 408 ، 424 ، 429 ، 433 .

أهل الحرب : (انظر المحاربون) :

أهل الذمة :
99 ، 327 ، 334 ، 431 ، 433 ، 434 .

أهل الشرك = المشركون :
99 .

أهل الصلح :
437 .

أهل العنوة :
437 .

أهل الكتاب = الكتابيون :
334 ، 433 .

أهل المدينة = المدنيون :
53 ، 286 ، 415 .

الخوارج :
327 .

الصقالبة :
212 .

القرشيون :
286 .

الكتابيون : (انظر أهل الكتاب) .

المجـوس :
334 ، 432 ، 433 .

المحـاربون = أهـل الحـرب :
100 ، 208 ، 327 .

المدنيون : (انظر أهل المدينة) .

المســلمون :
96 ، 98 ، 99 ، 100 ، 101 ، 109 ، 208 ، 219 ، 299 ، 302 ، 334 ، 358 ، 403 ، 432 ، 445 .

المصــريون :
53 ، 260 .

النصـارى :
369 .

فهــرس الكتــب
الواردة في الأصــل

أمهات ابن القاسم :
149 ، 193 ، 209 ، 266 .

الديوان المستخرج من الأسمعة (للعتبي) :
202 ، 263 ، 332 ، 435 .

شرح مسائل يحيى :
382 .

كتاب الأصول لأصبغ :
358 .

كتاب ابن حبيب :
54 ، 55 ، 57 ، 138 ، 140 ، 290 ، 313 .

كتاب ابن عبدوس : (انظر مجموعة ابن عبدوس) .

كتاب ابن القاسم :
63 .

كتاب ابن المـواز :
62 .

مجموعة ابن عبدوس :
54 ، 302 .

المختصر الكبـير :
55 .

المـدونة :
49 ، 412 .

مسائل عبد الرحيم عن مالك :
427 .

المـوطأ :
190 .

فهـــرس مـــراجع التحقـــيق

- الآبي ، صالح عبد السميع الأزهري .
جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، جزآن .

- الأزرقي ، محمّد أبو الوليد .
اخبار مكّة وما جاء فيها من الآثار . تحقيق رشدي الصالح ملحس . ط . دار الأندلس ، بيروت 1969 . جزآن .

- الأمير ، محمّـد .
حاشية ضوء الشموع على شرح مجموعه الفقهي في مذهب مالك . ومعه حاشية حجازي على الشرح المذكور . ط . المطبعة البهيّة الشرقية بمصر . 1304 هـ . جزآن .

- الباجي ، سليمان ابن خلف الأندلسي .
المنتقى ، شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك ابن أنس . مطبعة السعادة . مصر . الطبعة الأولى 1331 هـ . 7 أجزاء .

- البغدادي ، إسماعيل باشا .
هديّة العارفين ، أسماء المؤلفين وآثار المصنفين . منشورات مكتبة المثنّى . بيروت سنة 1955 .

- البغدادي ، عبد الوهاب بن علي بن نصر (القاضي) .
الاشراف على مسائل الخلاف . مطبعة الارادة . تونس . جزآن .

- بهرام بن عبد الله أبو البقاء الدميري المالكي
منظومة بهرام فيمن يعذر بالجهل ، مخطوط دار الكتب الوطنية . تونس رقم 12338 .

- التاودي ، محمّد بن سودة أبو عبد الله

حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، شرح على الأرجوزة المسماة **بتحفة الحكام** لابن عاصم الأندلسي بهامش **البهجة في شرح التحفة** لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي . المكتبة التجارية الكبرى بمصر لمصطفى محمّد بمطبعة حجازي القاهرة . جزآن .

- التسولي ، علي بن عبد السلام أبو الحسن .
البهجة في شرح التحفة ، على الأرجوزة المسماة **بتحفة الحكام** لابن عاصم الأندلسي ، وبهامشه **حلي المعاصم** لبنت فكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمّد التاودي . مطبعة حجازي ، القاهرة . جزآن .

- ابن تغري بردي ، جمال الدين أبو المحاسن الأتابكي .
النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، سلسلة تراثنا . ط . مصر . 14 جزءا .

- ابن جزي ، محمّد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي .
القوانين الفقهية ، مكتبة الرشاد لبنان .

- جسوس ، محمد بن القاسم أبو عبد الله .
فقه الرسالة ، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني . ط . فاس على الحجر . جزآن .

- ابن الحاج ، محمد الطالب بن حمدون أبو عبد الله .
حاشية على شرح ميارة على المرشد المعين . ط 2 الأميرية بولاق مصر 1319 .

- حجازي ، العدوي .
حاشية على شرح مجموع الامام الأمير في فقه مذهب مالك ، ومعه حاشية محمّد الأمير المسماة **بضوء الشموع** . ط . المطبعة البهية الشرقية . مصر 1304 . جزآن .

- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني .
تهذيب التهذيب ط . أولى ، دار صادر . بيروت . 12 جزءا .
فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمّد ابن اسماعيل البخاري . طبع بالمطبعة السلفية بالروضة . 13 جزءا .

- أبو الحسن ، الشاذلي المنوفي .
كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني . مع **حاشية العدوي** على الشرح المذكور .

- الحطاب ، محمد بن محمد أبو عبد الله المغربي الأصل المكي المولد والقرار .
تحرير الكلام في مسائل الالتزام . مخطوط دار الكتب الوطنية ، تونس رقم 8237 .
مواهب الجليل لشرح مختصر أبي البقاء سيدي خليل ، طبع مع **التاج والإكليل** . مطبعة السعادة . القاهرة . ط . الأولى 1328 هـ . 6 أجزاء .

- الحميدي ، محمّد بن فتوح بن عبد الله ، أبو عبد الله .
جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس وأسماء رواة الحديث ، وأهل الفقه والأدب وذوي النباهة والشعر . تحقيق محمد بن تاويت الطنجي ، نشر مكتب نشر الثقافة الإسلامية . ط . القاهرة . دار السعادة . 1953 م .

- الخرشي ، محمد أبو عبد الله .

شرح العلامة الخرشي على مختصر خليل . بهامشه حاشية علي العدوي . ط . بولاق . مصر . سنة 1299 هـ .

- الخشني ، محمد بن حارث بن أسد أبو عبد الله .

طبقات علماء افريقية . طبع مع كتاب **طبقات علماء افريقية وتونس** لأبي العرب محمد بن أحمد بن تميم التميمي ، ط . الجزائر 1332 هـ/1914 م .

- ابن الخطيب ، لسان الدين محمد أبو عبد الله السلماني الغرناطي .

تاريخ اسبانيا الاسلامية ، تحقيق ليفي بروفنسال . ط . دار المكشوف بيروت .

- ابن خلدون ، عبد الرحمن .

المقدمة . طبعة دار المصحف مصر .

- الدردير ، أحمد بن محمد أبو البركات .

الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك . وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي . خرج أحاديثه وفهرسه مصطفى كمال وصفي . دار المعارف القاهرة . 1392 هـ . 4 مجلدات .

الشرح الكبير على مختصر خليل ، مع حاشية شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي . ط . القاهرة 1301 ، أربعة أجزاء .

- ابن راشد ، محمد بن عبد الله البكري القفصي .

الفائق في معرفة الأحكام والوثائق ، مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 18578 .

لباب اللباب . ط . المطبعة التونسية تونس 1346 هـ .

- ابن رحال ، الحسن المعداني أبو علي .

حاشية على شرح ميارة على التحفة . مطبوع بهامش الشرح المذكور . دار الفكر . جزآن .

- ابن رشد (الحفيد) ، محمد ابن أحمد أبو الوليد القرطبي .

بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ط . مكتبة الكليات الأزهرية لحسين محمد أمبابي المنياوي . 1389 هـ/1969 م . وط . محمد علي صبيح المكتبة الجديدة . ط . الأولى . مصر . جزآن .

- ابن رشد ، محمّد ابن أحمد أبو الوليد (الجدّ) .

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات . مخطوط بدار الكتب الوطنية . تونس رقم 12100 . طبع جزء منه مع المدونة . ط . الأولى المطبعة الخيرية . 1324 هـ .

- الرصاع ، محمّد الأنصاري أبو عبد الله .

شرح حدود ابن عرفة ، المطبعة التونسية نهج سوق البلاط . تونس 1350 .

- الزرقاء ، مصطفى أحمد .

المدخل الفقهي العام . ط التاسعة ، مطابع ألف باء الأديب . دمشق 1967 ـ 1968 . ثلاثة أجزاء .

- الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف .
شرح العزية . مطبوع بهامش **حاشية العدوي** على الشرح المذكور . المطبعة الأزهرية . مصـ ط . الأولى 1319 هـ .

- الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف أبو عبد الله .
شرح موطأ الامام مالك . ط . الحلبي ، ط . أولى 1381 هـ/1961 م . 4 أجزاء .

- الزركلي ، خير الدين .
الأعلام ، قاموس تراجم . ط . الثالثة 1389 . أحد عشر جزءا وملحق .

- زروق ، أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي .
شرح رسالة ابن أبي زيد . طبع مع شرح ناجي على الرسالة ، مطبعة الجمالية مصر . 1332 هـ/1914 م . جزآن .

- ابن أبي زيد . القيرواني عبد الله .
النوادر والزيادات . مخطوط بدار الكتب الوطنية . تونس رقم 5730 .

- سحنون بن سعيد التنوخي .
المدونة الكبرى . رواية سحنون عن أبي القاسم عن مالك بن أنس . مطبعة السعادة . ط . الأولى . مصر 1323 هـ . وط . أخرى بالمطبعة الخيرية للخشاب مع مقدمات ابن رشد 1324 .

- ابن سلمون . عبد الله أبو محمّد .
العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام . ط . المطبعة البهية مصر 1302 هـ . بهامش **تبصرة ابن فرحون** . جزآن .

- السيناوني . حسن بن عمر بن عبد الله بن عمر .
مواهب الجليل في تطبيق ما جرى به القضاء والعمل على معاملات مختصر الفتوى لخليل . الناشر محمد الجديد وصاحب المكتبة الزيتونية نهج السرائرية عدد 21 تونس . المطبعة التونسية نهج سوق البلاط . تونس . سنة 1346 هـ .

- السيوطي . جلال الدين عبد الرحمن .
تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك . ويليه كتاب **إسعاف المبطأ برجال الموطأ** للسيوطي . ط . دار احياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركائه . مصر . 3 أجزاء .
حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة . تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم . إحياء الكتب العربية . ط . أولى مصر . جزآن .

- ابن شاس . نجم الدين الجلال أبو محمد عبد الله بن محمد الجذامي السعدي .
عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 13483 .

- الشيرازي ، أبو اسحاق ابراهيم الشافعي .
طبقات الفقهاء ، تحقيق إحسان عباس . دار الرائد العربي ، بيروت ، لبنان .

- الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي .
حاشية على شرح الصغير على أقرب المسالك للدردير. مطبوع مع الشرح المذكور تحقيق د . مصطفى كمال وصفي . ط . دار المعارف ، مصر 1392 هـ . 4 أجزاء .

- ابن الصديق . أحمد بن محمّد .
مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة. دار العهد الجديد . مصر .

- الصغير ، الزرويلي أبو الحسن .
تقييد على المدونة. مخطوط المكتبة الوطنية تونس رقم 12096 .

- الصفتي ، يوسف ابن سعيد .
حاشية على الجواهر الزكية في حلّ ألفاظ العثمانية لأحمد بن تركي المالكي. المطبعة البهية . مصر 1316 هـ .

- طاش كبرى زاده ، أحمد بن مصطفى .
مفتاح السعادة ومصباح السيادة، دائرة المعارف النظامية ط . أولى . حيدر أباد ، الهند . 1328 ـ 1356 هـ .

- ابن العماد . عبد الحي أبو الصلاح الحنبلي .
شذرات الذهب في أخبار من ذهب، سلسلة ذخائر التراث العربي . المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت . 8 أجزاء .

- عياض ، أبو الفضل بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي (القاضي) .
ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك. تحقيق د . أحمد بكير محمود . بيروت . وبتحقيق ابن تاويت وابن شريفة وأعراب ط . وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بالمملكة المغربية .

- ابن غازي . أبو عبد الله محمد المكناسي .
كليات المسائل الفقهية. ط . فاس على الحجر .

- ابن فرحون . ابراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد برهان الدين المدني اليعمري المالكي .
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. الطبعة الأخيرة بهامش فتح العلي للشيخ محمد عليش . جزآن .
الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، بهامشه نيل الإبتهاج بتطريز الديباج لأحمد بن أحمد بن عمر بن محمد أقيت المعروف بابا التنبكتي ط . مطبعة السعادة . ط . الأولى . مصر 1329 هـ . وط . مكتبة دار التراث القاهرة .

- ابن فرحون ، محمد بن ابراهيم أبو اليمن .
المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة. نسخة خطية على ملك الشيخ محمد المجدوب .

- ابن الفرضي ، عبد الله بن محمد بن يوسف الأزدي أبو الوليد .
تاريخ العلماء والرواة للعلم بالأندلس، سلسلة : من تراث الأندلس (3) ، نشر عزت العطار الحسيني ، مصر . سنة 1954/1373 . جزآن .

- الفيلالي أبو القاسم .
شرح العمليات الفاسية . نسخة خطية خاصة على ملك الأستاذ محمد أبو الأجفان .

- القرافي ، أحمد بن إدريس الصنهاجي شهاب الدين أبو العباس .
الفروق ، أنوار البروق في أنواء البروق ، طبع مع **إدرار الشروق** لابن الشباط . **وتهذيب الفروق** لمحمد بن علي بن الحسين . ط . مطبعة دار إحياء الكتب العربية ط . الأولى سنة 1344 هـ . أربعة أجزاء .

- القرضاوي ، يوسف .
فقه الزكاة ، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة . ط . دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت . جزآن .

- ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي شمس الدين أبو عبد الله .
أعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعيد . ط . دار الجيل . بيروت 1973 . أربعة أجزاء .

- الكافي ، محمد بن يوسف .
إحكام الأحكام على تحفة الحكام لابن عاصم . مطبعة الشرق . 1348 هـ .

- الكشناوي ، أبو بكر بن حسن .
أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك . ط . مطبعة الحلبي . ط . أولى . ثلاثة أجزاء .

- مخلوف ، محمد بن محمد .
شجرة النور الزكية . ط . المطبعة السلفية . القاهرة سنة 1349 هـ .

- المقري ، أحمد بن محمد التلمساني أبو العباس .
نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، تحقيق د . إحسان عباس . ط . دار صادر بيروت 1968 . 8 أجزاء .

- المقري ، محمد أبو عبد الله (الجد) .
عمل من طب لمن حب . مخطوط الخزانة العامة . الرباط رقم 1258د .
قواعد المقري . مخطوط دار الكتب الوطنية . تونس رقم 14682 .

- المكناسي ، محمد بن عبد الله اليفرني أبو عبد الله .
مجالس القضاة والحكام . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس . أول مجموع رقمه : 14892 .

- ابن المناصف ، محمد الأزدي أبو عبد الله .
تنبيه الحكام . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 8892 وآخر رقم 8241 .

- هيكل ، أحمد .
الأدب الأندلسي .

- المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله .
التاج والإكليل لمختصر خليل . مطبوع بهامش **مواهب الجليل** للحطاب ط . مطبعة السعادة . ط . أولى القاهرة 1328 هـ .

- ميارة ، محمد بن أحمد بن محمد المالكي الفاسي .
الدرّ الثمين والمورد المعين . الشرح الكبير ط . الحلبي 1373 هـ/1954 م .
شرح على تحفة الحكام لابن عاصم . طبع مع حاشية ابن الرحال على الشرح المذكور ط . دار الفكر .
مختصر الدر الثمين والمورد المعين على المرشد المعين علي الفراوي مطبعة المنار تونس .

- ابن ناجي ، قاسم بن عيسي التنوخي .
شرح رسالة ابن أبي زيد . طبع مع شرح زروق على الرسالة . المطبعة الجمالية مصر 1332 هـ/1914 م .
جزآن .

- أبو نعيم ، أحمد بن عبد الله الإصبهاني .
حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، دار الكتاب العربي . بيروت . لبنان . سنة 1357 .

فهرس موضوعات الكتاب

الاهداء	5
تقديم العلامة أحمد بن عبد العزيز آل مبارك	7
رموز واشارات	10
المقدمة	11 - 35
ابن حارث وكتابه أصول الفتيا - تمهيد	15
كتاب أصول الفتيا	24
منهج الكتاب	25
أثر الكتاب في الحركة الفقهية	28
النسخة المعتمدة	35
كتاب أصول الفتيا	37
صور من المخطوط	38 - 41
مقدمة المؤلف	43
ذكر أبواب الكتاب	46
باب الوضوء	47 - 58
1 - [الماء المتغير]	47
2 - [المتغير بطاهر]	47
3 - [المختلف في طهارته]	48
4 - [المتغير بنجس]	48
5 - [ما يترتب على الملامسة]	48
6 - [ما يترتب عن مغيب الحشفة]	49
7 - [نسيان فرض أو سنة الوضوء]	49
8 - [نواقض الوضوء]	50

9 ـ [بول الحيوان] 50
10 ـ [انتقاض التيمم] 51
11 ـ [التيمم للصلاة] 51
12 ـ [نسيان عضو في الطهارة] 52
13 ـ [الصلاة في ثوب نجس] 52
14 ـ [غُسل النصرانية] 52
15 ـ [الوضوء من مس الذكر] 53
16 ـ [صلاة من مس ذكره] 53
17 ـ [مسح بعض الرأس في الوضوء] 53
18 ـ [الاستنجاء] 54
19 ـ [المتيمم ناسي الماء] 55
20 ـ [الوضوء من مس الفرج] 55
21 ـ [حيض المبتدأة] 56
22 ـ [حيض الحامل] 56
23 ـ [تيمم المسافر فاقد الماء والمريض والخائف] 57

باب الصلاة .... 59 ـ 67

24 ـ [نية الإقامة في السفر] 59
25 ـ [صلاة السفر] 59
26 ـ [عقد الركعة] 59
27 ـ [تدارك الفرض في الصلاة] 59
28 ـ [سجود السهو] 60
29 ـ [القيام في الصلاة] 61
30 ـ [الفاتحة في الصلاة] 61
31 ـ [السورة في الصلاة] 61
32 ـ [إدخال ما ليس من الصلاة في الصلاة] 62
33 ـ [إعادة الصلاة مع جماعة] 62
34 ـ [قصر صلاة المسافر] 62
35 ـ [صلاة المريض] 63
36 ـ [سهو الإمام] 63
37 ـ [بطلان صلاة المأموم ببطلان صلاة الإمام] 64
38 ـ [بطلان صلاة الإمام دون صلاة المأموم] 64
39 ـ [شروط الجمعة] 64
40 ـ [السجود الكامل] 65
41 ـ [صلاة من حضر الجمعة ممن لم تجب عليه] 65

42 ـ [سجود التلاوة] 65
43 ـ [ذكر صلاة في صلاة] 65
44 ـ [الجمع في المطر] 66
45 ـ [الجمع بين الظهر والعصر] 66
46 ـ [فوات الركعة على المسبوق] 67
47 ـ [من فاتته الجمعة لا يجمع] 67
48 ـ [تذكر الإمام صلاة نسيها] 67

باب الزكـــاة .... 68 ـ 75

49 ـ [نية القنية ونية التجارة] 68
50 ـ [زكاة القراض] 69
51 ـ [زكاة فائدة الذهب والفضة] 69
52 ـ [زكاة فائدة الماشية] 70
53 ـ [تقدير الدينار بالدراهم] 70
54 ـ [الاختلاط في الماشية] 70
55 ـ [زكاة الدين] 71
56 ـ [زكاة العروض] 71
57 ـ [الحول في زكاة المال] 72
58 ـ [زكاة نتاج الماشية] 72
59 ـ [زكاة الديون في التجارة] 72
60 ـ [زكاة الاجناس المتحدة] 73
61 ـ [زكاة الحبوب والثمار] 74
62 ـ [زكاة المعادن] 74
63 ـ [زكاة الركاز] 74
64 ـ [زكاة الفطر] 75

باب الصـــوم .... 76 ـ 79

65 ـ [الصوم حميٌ] 76
66 ـ [إفطار الناسي والمتأول] 76
67 ـ [وجوب القضاء] 77
68 ـ [ارتفاع عذر الإفطار نهارا] 78
69 ـ [وجوب الكفارة مع القضاء] 78
70 ـ [قضاء صوم المغمى عليه والمجنون] 79
71 ـ [الاعتكاف] 79

باب الـــحج .... 80 ـ 94

72 ـ [صيد المحرم] 80
73 ـ [لحم الصيد] 81
74 ـ [جزاء الصيد] 81
75 ـ [ما يجوز للمحرم قتله] 82
76 ـ [الغسل في الحج] 83
77 ـ [الخطب في الحج] 83
78 ـ [مواطن الدعاء] 84
79 ـ [الطواف في الحج] 85
80 ـ [الطهارة عند الطواف والسعي] 86
81 ـ [ركوب الطائف والساعي] 86
82 ـ [القصر في الحج] 86
83 ـ [سقوط الجمعة في الحج] 87
84 ـ [حكم من صُدَّ عن الوقوف بعرفة] 87
85 ـ [الدفع قبل الغروب] 87
86 ـ [التحلل من الإحرام] 88
87 ـ [الأيام المعلومات والأيام المعدودات] 89
88 ـ [المبيت بمني] 89
89 ـ [حكم المحصر] 90
90 ـ [الصوم عند العجز عن الهدي] 91
91 ـ [الفدية وأنواعها] 92
92 ـ [الهدي وأنواعه] 93
93 ـ [أكل صاحب الهدي من هديه] 93

باب الجنـــائز .... 95 ـ 97

94 ـ [الأحق بغسل الميت والصلاة عليه] 95
95 ـ [الصلاة على المقتول في حد أو قصاص أو حرابة] 95
96 ـ [المسبوق في صلاة الجنازة] 96
97 ـ [الصلاة على قاتل نفسه وعلى ولد الزنا] 96
98 ـ [حكم الشهيد] 96
99 ـ [غُسل الميت في السفر] 96
100 ـ [السلام من صلاة الجنازة] 97
101 ـ [وقت الصلاة على الجنازة] 97

باب الجهـــاد .... 98 ـ 102

102 ـ [عقد الأمان] 98
103 ـ [أموال المسلمين الواقعة في الغنيمة] 98
104 ـ [ما وقع في الغنيمة من أموال الذميين] 99
105 ـ [إسلام المشرك الذي بيده ذمي أو مال المسلمين] 99
106 ـ [دخول الحربي أرض المسلمين بأمان] 100
107 ـ [فداء المسلم من دار الحرب] 100
108 ـ [قسمة الغنائم] 100
109 ـ [ما ينتفع به من الغنائم دون إذن] 102
110 ـ [رد العلج إلى مأمنه] 102

باب النـــذور والأيمـــان .... 103 ـ 107

111 ـ [نذر الصدقة بشيء معين] 103
112 ـ [اليمين الموجبة للكفارة] 103
113 ـ [اللغو في اليمين والطلاق والعتاق] 104
114 ـ [الاستثناء في اليمين والطلاق والعتاق] 104
115 ـ [البر في الأيمان والحنث فيها] 105
116 ـ [تكرار اليمين بالله واليمين بالطلاق] 105
117 ـ [النية والثنيا في اليمين] 106
118 ـ [الاستثناء الذي لا ينفع] 106
119 ـ [الحلف على الاسم العام] 106
120 ـ [الحلف على الاسم المختص] 106
121 ـ [الحلف على وجه الكراهية] 107
122 ـ [الحنث موجب الكفارة] 107

باب ما يحل وما يحرم من الطعام .... 108 ـ 111

123 ـ [لحوم الطير والسباع ،الهر والكلب] 108
124 ـ [جنين الشاة] 108
125 ـ [لا رخصة للظالم في أكل المحرّم] 109
126 ـ [المضطر لا يشرب الخمر] 109
127 ـ [الانتفاع بما وقعت فيه فأرة] 109
128 ـ [حكم الذبيحة التي لم يسم عليها] 109
129 ـ [حكم الشراب المخلوط] 110
130 ـ [صيد الكلب غير المعلم] 110

131 ـ [ذبيحة الصبي والمرأة] 111
132 ـ [ما تنفع فيه الذكاة وما لا تنفع] 111
133 ـ [الذكاة الشرعية] 111

باب ما يحل ويحرم من البيوع .... 112 ـ 124

134 ـ [البيوع الجائزة] 112
135 ـ [بيع الغائب] 112
136 ـ [بيع السلم] 112
137 ـ [بيع الطعام قبل استيفائه] 113
138 ـ [منع البيع الفاسد] 114
139 ـ [بيع الدين] 114
140 ـ [الجمع بين عقدين مختلفين] 115
141 ـ [بيع الغائب بالخيار] 115
142 ـ [اشتراط النقد في بيوع الخيار والمواضعة والعهدة] 116
143 ـ [بيع الآجال] 116
144 ـ [شراء ما يختار من شيئين] 117
145 ـ [بيع الفاسد] 117
146 ـ [اجتماع الحلال والحرام في عقد واحد] 117
147 ـ [بيع الطعام لأجل] 117
148 ـ [بيع الدين على المديان] 118
149 ـ [السلم في الطعام] 118
150 ـ [ضمان المبيع كيلا أو وزنا] 119
151 ـ [امتناع التفاضل في الطعام] 119
152 ـ [تصنيف اللحم والحيوان] 120
153 ـ [بيع اللحم بالحيوان] 120
154 ـ [بيع الزيت والحنطة المبلولة] 120
155 ـ [بيع الذهب والفضة] 121
156 ـ [بيع المصحف والسيف المحليين] 121
157 ـ [الآنية المحلاة بالفضة] 122
158 ـ [الزيادة في القرض] 122
159 ـ [الوضع من الدين وتعجيله] 123
160 ـ [إحالة الدين] 123
161 ـ [الاشتراط في البيع] 123

باب أحكام البيوع .... 125 ـ 133

162 ـ [فوات المبيع بيعا فاسدا] 125

163 ـ [الاستثناء من المبيع] 125
164 ـ [المبيع المعيب أو المستحق] 125
165 ـ [اختلاف الأسواق وحوالتها] 127
166 ـ [ضمان ما بيع مدلسا] 127
167 ـ [العيب الداخلي] 128
168 ـ [الضمان في بيع الخيار] 128
169 ـ [ضمان ما فاتت عينه] 129
170 ـ [الصلح كالبيع] 129
171 ـ [الضمان في البيع] 129
172 ـ [حدّ التفرقة بين الأم وولدها] 130
173 ـ [وضع الجائحة عن المشتري] 130
174 ـ [بيع البراءة] 131
175 ـ [بيع المرابحة] 132
176 ـ [الرد بالعيب بعد الاستغلال] 132
177 ـ [بيع الجارية على غير مواضعة] 132

باب أحكام الشفعة .... 134 ـ 138

178 ـ [ما تقع فيه الشفعة] 134
179 ـ [حق الورثة في الشفعة] 134
180 ـ [شفعة أصحاب السهام] 135
181 ـ [تعدد الشفعاء ومختلفي السهام] 135
182 ـ [حد انقطاع الشفعة] 135
183 ـ [محاصة المشتري الشفيع في الدار المشتركة] 136
184 ـ [الشفيع وتعدد المشترين] 136
185 ـ [الشفعة في مهر المرأة أو خلعها] 137
186 ـ [أخذ الشفيع الثمرة] 137
187 ـ [لا شفعة في الزرع] 137
188 ـ [الشفعة في العين والبئر] 137
189 ـ [التنازل عن الشفعة قبل استحقاقها] 138
190 ـ [ما تقع فيه الشفعة] 138

باب أحكام القَسْم .... 139 ـ 144

191 ـ [القسمة بالقرعة] 139
192 ـ [قسمة المكيل والموزون] 139

193 ـ [القسم بالتحري] 140
194 ـ [ما لا يقسم بالتحري] 140
195 ـ [قسمة الأرضين] 140
196 ـ [قسمة العروض] 140
197 ـ [قسمة الدواب] 141
198 ـ [قسمة الرقيق] 141
199 ـ [قسمة سكنى الميت] 141
200 ـ [قسمة الأرض ذات الزرع] 142
201 ـ [ما يجبر على قسمته وما لا يجبر] 142
202 ـ [طروء الدين بعد قسمة التركة] 143
203 ـ [اختلاف الورثة في إخراج الدين] 143
204 ـ [ما يفسد وتزول منفعته بالقسم] 143
205 ـ [العيب في المقسوم] 144
206 ـ [قسمة مال العبد] 144
207 ـ [قسمة الثوب المشترك] 144

باب الإجـــارات .... 145 ـ 151

208 ـ [أنواع الإجارات] 145
209 ـ [الإجارات كالبياعات] 146
210 ـ [شروط الجعل] 146
211 ـ [استئجار الطبيب] 146
212 ـ [ما لا تجوز الإجارة فيه] 146
213 ـ [مراعاة العرف عند الاختلاف] 147
214 ـ [المعاملة على جزء مما لا كراء فيه] 147
215 ـ [العارض الذي تنفسخ به الاجارة والكراء] 147
216 ـ [ضمان صاحب الدابة] 147
217 ـ [ضمان ما تحمله السفن] 148
218 ـ [ضمان ما يحمله الاجراء] 149
219 ـ [كراء الدار مشاهرة] 149
220 ـ [تنظيف المراحض في الدور المكتراة] 149
221 ـ [انهدام الدور المكتراة] 150
222 ـ [كراء الأرض المأمونة] 150
223 ـ [كراء الأرض بالطعام] 150
224 ـ [كراء الأرض غير المأمونة] 151
225 ـ [غرق الأرض المزروعة] 151

226 ـ [ضمان الجوائح في الأرض المكتراة] 151

باب القـراض .... 152 ـ 155

227 ـ [بماذا يكون القراض] 152
228 ـ [فساد القراض] 153
229 ـ [نفقة العامل في القراض] 153
230 ـ [واجبات العامل في القراض] 153
231 ـ [تصرف العامل الجائز] 154
232 ـ [الاشتراط على العامل] 154
233 ـ [شراء العامل لنفسه بمال القراض] 154
234 ـ [القراض الفاسد] 154

باب الشـركة بالتراضي .... 156 ـ 160

235 ـ [انعقاد الشركة بالأموال أو بالأعمال] 156
236 ـ [شركة العنان] 157
237 ـ [عقد الشركة] 157
238 ـ [ما يلـزم الشريك من تصرف شريكه] 158
239 ـ [الاشتراك بالآلة] 158
240 ـ [المزارعة في الأرض الزهيدة] 158
241 ـ [الشركة بالسلع] 158
242 ـ [الشركة بالطعام] 158
243 ـ [الشركة بالدنانير] 158
244 ـ [ما لا يلزم الشريك من تصرف شريكه] 159
245 ـ [الشركة في الحرث] 160
246 ـ [المغارسة] 160

باب الشركة الداخلة بغير تراض .... 161 ـ 165

247 ـ [استحقاق الأرض بعد البناء فيها] 161
248 ـ [استحقاق الثوب أو الغزل] 161
249 ـ [ضمان الصناع الذين لهم وجه شبهة] 162
250 ـ [الضمان في حالة التعدي] 163
251 ـ [صبغ الثوب المسروق] 164
252 ـ [تغيير ما اشتري معيبا] 164
253 ـ [صبغ العامل ثياب القراض] 165

باب يحل ويحرم من النكاح .... 166 ـ 172

254 ـ [الجمع بين المحارم] 166
255 ـ [التحريم بالرضاعة] 167
256 ـ [التحريم بالمصاهرة] 167
257 ـ [التحريم بوطء الإماء] 168
258 ـ [الوطء بشبهة] 168
259 ـ [حرمة الوطء في الاستبراء] 168
260 ـ [حالات التحريم المؤبد] 169
261 ـ [تحريم أخت الأمة] 169
262 ـ [إسلام من تحته أكثر من أربع] 170
263 ـ [أنواع النكاح المحرمة] 170

باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده .... 173 ـ 180

264 ـ [وجوه فسخ ما تم من النكاح] 173
265 ـ [الإيلاء] 173
266 ـ [العجز عن الوطء] 173
267 ـ [العنّة والحصر] 174
268 ـ [أجل المعترض] 174
269 ـ [عيوب الزوجة] 175
270 ـ [عيوب الزوج] 176
271 ـ [ردة الزوج] 176
272 ـ [فقدان الزوج] 176
273 ـ [الإعسار بالنفقة] 177
274 ـ [الإعسار بالصداق] 177
275 ـ [لعان الزوج زوجته] 177
276 ـ [ملك أحد الزوجين الآخر] 177
277 ـ [الاختلاف في الصداق] 178
278 ـ [تزوج الأمة] 178
279 ـ [عتق الأمة تحت العبد] 178
280 ـ [الخلاف وبعث الحكمين] 178
281 ـ [اختيار الزوجة الفراق] 179
282 ـ [الحنث في يمين الطلاق] 179
283 ـ [أنواع أخرى من الطلاق] 179

باب أحكام النكاح .... 181 ـ 190

284 ـ [فسخ النكاح الفاسد] 181
285 ـ [استحقاق نصف الصداق] 181
286 ـ [طلاق زوجة المفقود] 182
287 ـ [الزواج في العدة] 182
288 ـ [إلحاق النسب في وطء درئ فيه الحد] 182
289 ـ [وجوب العدة] 182
290 ـ [النكاح بعقد الغير] 183
291 ـ [نكاح العبد بغير إذن سيده] 183
292 ـ [نكاح الأمة بغير إذن سيدها] 183
293 ـ [عقد الأخ نكاح أخته البكر] 183
294 ـ [قبض الولي الصداق] 184
295 ـ [لزوم يمين الطلاق] 184
296 ـ [النكاح الفاسد بسبب الصداق] 184
297 ـ [رجوع الزوج بقيمة الصداق أو بمثله] 184
298 ـ [رجوع الزوجة بما حطته من الصداق] 185
299 ـ [اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها] 185
300 ـ [الدخول لا يعجل الصداق] 186
301 ـ [رجوع المطلق على زوجته] 186
302 ـ [نكاح المريض] 187
303 ـ [حقوق زوج الأمة وواجباته] 187
304 ـ [استحقاق الزوجة النفقة] 187
305 ـ [إحصان الزوج] 188
306 ـ [إسلام الزوجة قبل زوجها] 188
307 ـ [إسلام الزوج قبل زوجته] 188
308 ـ [اشتراط الزوج التمليك] 189

باب الطلاق .... 191 ـ 206

309 ـ [الطلاق السني] 191
310 ـ [وجوب النفقة للمطلقة رجعيا] 192
311 ـ [استحقاق الحامل للنفقة] 192
312 ـ [استحقاق المعتدة للسكنى] 192
313 ـ [من ألفاظ الطلاق] 192
314 ـ [التصريح بالطلاق خطأ] 192

315 ـ [ادعاء عدم الطلاق بعد التصريح به] 193
316 ـ [التراجع في يمين الطلاق] 193
317 ـ [تعليق الطلاق بأجل] 193
318 ـ [الحلف بطلاق من لم يتزوجها] 193

[الإيلاء والظهار واللعان والخلع] .... 194 ـ 201

319 ـ [ظهار الرجل ممن لم يتزوجها] 194
320 ـ [أنواع الإيلاء] 195
321 ـ [متعة المطلقة] 196
322 ـ [الطلاق ثلاثا] 196
323 ـ [تخيير الزوجة] 196
324 ـ [تمليك الزوجة] 197
325 ـ [حد خيار الزوجة وتمليكها] 197
326 ـ [الظهار من أجنبية] 198
327 ـ [الإيلاء من أجنبية] 198
328 ـ [وجوب الكفارة على المظاهر] 198
329 ـ [شروط العبد في كفارة الظهار] 199
330 ـ [أوجه اللعان] 199
331 ـ [مخالفة الولي] 199
332 ـ [الخلع بالغرر] 200
333 ـ [طلاق الحكمين] 201

[الحضانة] 201

334 ـ [استحقاق الحضانة] 201

باب العدد والاستبراء .... 202 ـ 206

335 ـ [عدة الحرة من الوفاة] 202
336 ـ [عدة الحرة من الطلاق] 203
337 ـ [عدة الحرة المستحاضة] 204
338 ـ [عدة الحرة المسترابة] 204
339 ـ [عدة الأمة من الوفاة] 204
340 ـ [عدة الأمة من الطلاق] 205
341 ـ [المرأة المرتابة] 205
342 ـ [الاستبراء بحيضة] 205

343 ـ [عدة أم الولد] 205
344 ـ [عدة الحامل واستبراؤها] 206
345 ـ [استبراء الأمة] 206
346 ـ [استبراء أم الولد] 206
347 ـ [لا إحداد على أم الولد] 206

باب من يجب عتقه ويحرم ملكه .... 207 ـ 209

348 ـ [العتق بالقرابة] 207
349 ـ [العتق بالمثلة] 207
350 ـ [عتق الشقص من العبد] 208
351 ـ [التمثيل بالمكاتب] 208
352 ـ [إسلام عبيد المحاربين] 208
353 ـ [الإقرار بحرية العبد ثم شراؤه] 209
354 ـ [عتق أم الولد إذا حرم الاستمتاع بها] 209
355 ـ [الشك والنسيان في العتق] 209

باب أحكام العتق .... 210 ـ 214

356 ـ [الحلف بحرية العبد] 210
357 ـ [موت السيد قبل البر باليمين] 210
358 ـ [عتق المريض لجملة من عبيده] 211
359 ـ [عتق الصحيح لجملة من عبيده] 211
360 ـ [المعتق نصيبه من عبد] 211
361 ـ [عتق العبيد المحلوف بحريتهم] 211
362 ـ [رجوع اليمين على الحالف بحرية عبده] 212
363 ـ [الحالف بحرية عبد يشتريه] 212
364 ـ [العتق مقابل مال] 213
365 ـ [عتق الجنين] 213
366 ـ [عتق عبد غير معين] 213

باب أحكام أم الولد .... 215 ـ 219

367 ـ [نسب ولد الأمة] 215
368 ـ [سقط الأمة] 216
369 ـ [استلحاق ولد الأمة] 216
370 ـ [شراء الرجل زوج الأمة] 217

371 ـ [بيع أم الولد] 217
372 ـ [استلحاق اللقيط] 217
373 ـ [وطء الأمة المشتركة] 218
374 ـ [انتزاع مال أم الولد] 218
375 ـ [الجناية على أم الولد] 218
376 ـ [جناية أم الولد] 218
377 ـ [سبي أم الولد] 219

باب أحكـــام المكــاتب .... 220 ـ 224

378 ـ [تعجيل الكتابة] 220
379 ـ [تعجيز المكاتب نفسه] 220
380 ـ [اشتراك العبدين في كتابة واحدة] 221
381 ـ [الذي يدخل مع المكاتب من المعتقين] 221
382 ـ [رجوع المكاتب على من معه في كتابته] 222
383 ـ [بيع الكتابة] 222
384 ـ [كتابة أحد الشريكين] 223
385 ـ [القطاعة في الكتابة] 223
386 ـ [الوصية بالكتابة] 224
387 ـ [الجناية على المكاتب] 224
388 ـ [جناية المكاتب] 224

باب أحكـــام المــدبر .... 225 ـ 227

389 ـ [عتق المدبرين] 225
390 ـ [تقويم المدبر الذي له مال] 225
391 ـ [عتق العبد بعد الموت] 226
392 ـ [تدبير العبد المشترك] 226
393 ـ [الجناية على المدبر] 226
394 ـ [جناية المدبر] 227

باب أحكـــام الولاء .... 228 ـ 229

395 ـ [عودة الولاء] 228
396 ـ [إذن السيد عبده بالعتق] 228
397 ـ [الولاء الضائع] 229
398 ـ [ولاء أولاد المعتق لسيده] 229

399 ـ [الولاء لا يورث] 229
400 ـ [ترتيب الموالي] 229

باب أحكام المواريث .... 231 ـ 234

401 ـ [قاتل الشخص لا يرثه] 231
402 ـ [الميراث بالولاء] 232
403 ـ [ميراث القبيلة] 232
404 ـ [ميراث الدية والغرة] 232
405 ـ [يرث المولود ويورث بالاستهلال] 232
406 ـ [التوارث بين ملتين] 233
407 ـ [ميراث الذمي] 233
408 ـ [لا ميراث بشك] 233
409 ـ [الميراث في الولاء للأقعد فالأقعد] 234

باب أحكام المديان .... 235 ـ 238

410 ـ [ما يمضي من تصرف المديان وما لا يمضي] 235
411 ـ [ضمان مال المديان] 236
412 ـ [أحقية الغرماء بعضهم من بعض] 237

باب الحمالات .... 239 ـ 242

413 ـ [أحكام الحميل بالوجه] 239
414 ـ [أحكام الحميل بالمال] 240
415 ـ [ضمان الحميل] 241
416 ـ [ضمان حميلين بحق] 241

[باب الحوالة] .... 243 ـ 244

417 ـ [الحوالة الصحيحة] 243
418 ـ [تأخير المطلوب تأخير للكفيل] 244

باب الرهون .... 245 ـ 248

419 ـ [احتباس الرهن] 245
420 ـ [بيع الرهن] 245
421 ـ [ما يلحق بالرهن وما لا يلحق من نسل وغلة] 246

422 ـ [النفقة على الرهن وعلى الضالة] 246
423 ـ [ضمان الرهن] 246
424 ـ [مال العبد المرتهن] 247
425 ـ [أحكام الجارية المرتهنة] 247
426 ـ [استعمال الرهن واجارته] 248

باب الأحـــباس .... 249 ـ 252

427 ـ [قبض العطايا شرط نفاذها] 249
428 ـ [تصرف المحبس في الحبس] 249
429 ـ [بيع الحبس واستبداله] 250
430 ـ [رجوع الحبس إلى محبسه] 250
431 ـ [من صيغ التحبيس] 251
432 ـ [تحبيس الدار للسكنى] 252

باب الهبـــات .... 253 ـ 258

433 ـ [هبة العبد] 253
434 ـ [هبة الغلة] 253
435 ـ [اعتصار الهبة] 254
436 ـ [اعتصار الأب] 254
437 ـ [اعتصار الأم] 255
438 ـ [هبة الثواب] 255
439 ـ [فوت الهبة] 256
440 ـ [الهبة التي لا ثواب فيها] 257
441 ـ [هبة الفقير للغني] 257
442 ـ [هبة الثواب كالبيع] 257
443 ـ [الثواب المعيب] 258

باب حـوز العـطايا .... 259 ـ 263

444 ـ [حوز العطية] 259
445 ـ [حوز الأب لأولاده] 260
446 ـ [موت المهدي قبل وصول هديته] 261
447 ـ [هبة العبيد] 261
448 ـ [جعل الدار المتصدق بها عند رجل] 263
449 ـ [الإشهاد في الهبة] 263

450 ـ [حيازة الأرض الموهوبة] 263
451 ـ [حوز الأم لولدها] 263

باب أحكـــام الوصـــايا .... 264 ـ 269

452 ـ [الوصية بأزيد من الثلث] 264
453 ـ [ما يخرج من رأس المال] 265
454 ـ [الوصية في ثلث المال المعلوم للميت] 265
455 ـ [ما يضرب في الوصية للأفعال التي لم تسم لها غاية] 265
456 ـ [ترتيب الوصايا إذا ضاق بها الثلث] 266
457 ـ [الوصية بالكتابة أو العتق مع وصايا أخرى] 267
458 ـ [الوصية في المرض] 268
459 ـ [الوصيتان المتلاحقتان] 268
460 ـ [إذن الورثة بالإيصاء بأكثر من الثلث] 268
461 ـ [الوصية بشيء واحد لاثنين] 269

باب حكـــم المـــريض .... 270 ـ 275

462 ـ [التصرف المالي للمريض] 270
463 ـ [طهارة المريض] 270
464 ـ [صلاة المريض] 271
465 ـ [زكاة المريض] 271
466 ـ [حج المريض] 271
467 ـ [صوم المريض] 272
468 ـ [عطايا المريض] 272
469 ـ [من يلحق بالمريض] 272
470 ـ [نكاح المريض وطلاقه] 273
471 ـ [حد المريض] 274
472 ـ [شراء المريض من يعتق عليه] 274
473 ـ [اقرار المريض بدين] 274
474 ـ [سهم المريض في الجيش] 275

باب التـــداعي .... 276 ـ 298

475 ـ [اختلاف المتبايعين في الثمن] 276
476 ـ [القراض بالفلوس] 278
477 ـ [اختلاف المتبايعين في قدم العيب] 279

478 ـ [الاختلاف في تمام البيع] 280
479 ـ [اختلاف الآمر والمأمور] 280
480 ـ [الاختلاف في السلّم] 281
481 ـ [الاختلاف بعد القسمة] 281
482 ـ [اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن] 282
483 ـ [مدعي العلم مقدم على مدعي الجهل] 283
484 ـ [الاختلاف في رد المصنوع] 283
485 ـ [الاختلاف بين المكري والمكتري] 283
486 ـ [الاختلاف في المسافة والاختلاف في الثمن] 284
487 ـ [الاختلاف في قبض أجر الصناع والجمالين] 284
488 ـ [الاختلاف في قبض دين الرهن] 284
489 ـ [الاختلاف فيما يكون في الدار المكراة] 284
490 ـ [الاختلاف في زرع الأرض] 285
491 ـ [ادعاء رد المكتري] 285
492 ـ [الاختلاف في رد الرهن] 285
493 ـ [الاختلاف في الصداق] 286
494 ـ [اليمين في دعوى النكاح] 286
495 ـ [الاختلاف في إصابة العنين زوجه بعد الأجل] 286
496 ـ [ادعاء المرأة أن زوجها عنين] 286
497 ـ [الاختلاف في متاع البيت] 287
498 ـ [الاختلاف في المسيس] 287
499 ـ [الاختلاف في الطلاق وفي العتق] 288
500 ـ [ادعاء رجل على آخر أنه عبده] 288
501 ـ [الاختلاف في العتق بمال] 289
502 ـ [الاختلاف فيما وقعت عليه الكتابة] 289
503 ـ [الاختلاف في حلول نجم الكتابة] 289
504 ـ [الاختلاف في الحلف بالطلاق والعتاق] 289
505 ـ [الاختلاف بين الراهن والمرتهن] 290
506 ـ [الاختلاف في حلول أجل الدين] 291
507 ـ [الاختلاف في تعيين دين الرهن] 291
508 ـ [ادعاء الرجل أن ما تلف بيده وديعة] 291
509 ـ [الاختلاف بين عامل القراض ورب المال في نسبة الربح] 292
510 ـ [اختلاف رب الثوب والصباغ] 292
511 ـ [الاختلاف في مال القراض] 292
512 ـ [تداعي الشفيع والمشتري في القسمة] 292
513 ـ [تداعي الورثة والموهوب له] 293

514 ـ [اختلاف المرتهن والغرباء في وقت قبض الرهن] 293
515 ـ [اختلاف الفادي والمفدى] 293
516 ـ [اختلاف الزوجين في النفقة] 293
517 ـ [اختلاف السيد وامته في الولد] 294
518 ـ [تداعي الوصي والموصى عليهم بعد بلوغهم] 294
519 ـ [التداعي في الجراح] 294
520 ـ [التداعي في الوطء] 294
521 ـ [اختلاف الأولاد في دين أبيهم الميت] 295
522 ـ [تداعي الورثة وزوجة الميت] 295
523 ـ [الاختلاف في بيع الأمة وتزويجها] 296
524 ـ [ميراث الجارية] 296
525 ـ [التداعي في الشيء الواحد] 297
526 ـ [ادعاء رجلين على بعضهما بالعبودية] 298
527 ـ [ادعاء المرأة أن اللقيط ولدها] 298

باب التحالف .... 299 ـ 304

528 ـ [رد اليمين] 299
529 ـ [الحلف على البت والحلف على العلم] 299
530 ـ [الحلف يكون بالله] 300
531 ـ [تحالف المختلفين في البيع] 301
532 ـ [مكان الحلف في القسامة] 301
533 ـ [مكان الحلف في اللعان] 301
534 ـ [الحلف يكون إما قياما وإما قعودا] 302
535 ـ [يمين القضاء] 302
536 ـ [الدعوى في الحقوق لا تكون إلا بالخلطة] 303
537 ـ [اليمين في الدعوى الموجبة للقصاص] 303
538 ـ [النكول عن القسامة] 303
539 ـ [الحلف على ما في العلم] 304
540 ـ [خروج المرأة للحلف] 304

باب الإقرار .... 305 ـ 312

541 ـ [تفسير المقر لإقراره] 305
542 ـ [الرجوع عن الإقرار] 305
543 ـ [الاستثناء بعد الاقرار] 306

544 ـ [الإقرار في حال الصحة] 306
545 ـ [الإقرار في حال المرض] 306
546 ـ [بساط الكلام في الإقرار] 307
547 ـ [الإقرار للسمعة] 307
548 ـ [ادعاء وقوع الطلاق في الصبا أو الجنون] 307
549 ـ [الهزل في الإقرار] 308
550 ـ [إجتماع الإقرار والبينة] 308
551 ـ [إقرار الورثة] 309
552 ـ [إقرار العامل في القراض] 309
553 ـ [الإقرار بالقتل على وجه الخطأ] 309
554 ـ [إقرار اللقيط بأنه عبد] 310
555 ـ [إقرار المرأة بالنكاح] 310
556 ـ [الإقرار للطفل وللجنين] 310
557 ـ [إقرار مجهول الحال بالرق] 311
558 ـ [الإبراء من الحقوق] 311
559 ـ [الاستثناء مع الإقرار] 311
560 ـ [الرجوع في الإقرار بالزنا] 311
561 ـ [إقرار الرجل بولادة جاريته منه] 312

باب الإكـــراه .... 313 ـ 316

562 ـ [معنى الإكراه] 313
563 ـ [الإكراه على إذاية الغير] 313
564 ـ [الإكراه على البيع] 313
565 ـ [الإكراه على الإقرار] 314
566 ـ [إكراه المرأة أو الولي على النكاح] 314
567 ـ [الإكراه على سبب البيع] 314
568 ـ [الإكراه على اتلاف ماله أو قطع يده] 314
569 ـ [الإقرار عند السلطان] 315
570 ـ [الإقرار في السّجن] 315
571 ـ [الإكراه على الكفر والمعاصي] 315
572 ـ [الإكراه على فعل واجب] 316
573 ـ [العتق خوفا من السلطان] 316

باب الشهـــادات .... 317 ـ 322

574 ـ [شهادة الخصم والظنين] 317

575 ـ [الشهادة يفسّرها الشهود] 317
576 ـ [سقوط بعض الشهادة] 318
577 ـ [الشهادة المردودة لعلّة] 318
578 ـ [شهادة النّساء] 319
579 ـ [الإشهاد على الشهادة] 320
580 ـ [ما تصحّ فيه شهادة السماع] 320
581 ـ [شهادة السماع في الولاء] 320
582 ـ [الشهادة بالميراث] 320
583 ـ [اختلاف الشاهدين] 321
584 ـ [تضاد الشهادتين] 321
585 ـ [ابطال الشهادة عند تكذيبها] 322

باب الأقضية .... 323 ـ 329

586 ـ [حكم القاضي بعلمه] 323
587 ـ [وجوه أحكام القضاة] 323
588 ـ [مرجع القاضي في الحكم] 324
589 ـ [حكم القاضي على من لا تجوز شهادته عليه] 325
590 ـ [تنفيذ كتاب القاضي إلى قاض آخر] 325
591 ـ [ما يقوم به القاضي عند التداعي لديه] 325
592 ـ [توقيف المدعى فيه] 326
593 ـ [الحميل بالمال] 326
594 ـ [أنظار الشفيع] 326
595 ـ [تنفيذ الصدقة] 326
596 ـ [رجوع الخوارج إلى جماعة المسلمين] 327
597 ـ [الحكم فيما بين أهل الذمة] 327
598 ـ [الأرض لمن أحياها] 328
599 ـ [الرجوع في الشهادة] 328
600 ـ [حريم البئر] 328
601 ـ [ضمان ما أتلفته النار] 329
602 ـ [الحيازة وصفتها] 329
603 ـ [الخروج بالمدعى فيه] 329

باب الديات .... 331 ـ 335

604 ـ [الدية في قتل النفس] 331

605 ـ [الدية الكاملة في غير النفس] 332
606 ـ [دية المرأة] 334
607 ـ [دية الذمي والمجوسي والجنين] 334
608 ـ [الدية في جنايات أخرى] 334
609 ـ [دية الجنين المستهل] 335
610 ـ [دية المرتدّ] 335

باب القسامة .... 336 ـ 338

611 ـ [أوجه القسمة] 336
612 ـ [القسامة مع الشاهد الواحد] 337
613 ـ [الحالف في قسامة العمد] 337
614 ـ [القسامة في العمد على واحد والقتل في القسامة في واحد] 338
615 ـ [ابتناء القسامة على قول القتيل] 338

باب احكام القتل والجراح .... 339 ـ 345

616 ـ [الفرق بين العمد والخطا] 339
617 ـ [القصاص من الوالد] 340
618 ـ [التكافؤ في القصاص] 340
619 ـ [الجرح القاتل] 340
620 ـ [الجرح المفضي إلى ذهاب جارحة] 340
621 ـ [الدية عند العفو] 340
622 ـ [بماذا يقتص من القاتل] 341
623 ـ [امتناع القاتل من غرم الدية عند العفو] 341
624 ـ [ثبوت السن بعد القلع] 341
625 ـ [دية كعب المرأة] 342
626 ـ [ما لا تحمله العاقلة] 342
627 ـ [القصاص من الموضحة] 342
628 ـ [اسقاط ضرس صبي] 343
629 ـ [تحمل الدية] 343
630 ـ [ضمان صاحب الحفير] 343
631 ـ [العمد في القتل والجراح] 343
632 ـ [حمل الدية المغلظة] 344
633 ـ [دية العمد تكون في مال القاتل] 344
634 ـ [القصاص من الحر والعبد] 344

باب حدّ القــذف .... 346 ـ 347

635 ـ [ما يجب به حد القذف] 346
636 ـ [القذف بوطء محرم] 346
637 ـ [حد نفي النسب] 347
638 ـ [العفو عن القاذف] 347

باب حد الزّنــا .... 348 ـ 350

639 ـ [درء الحد بالشبهة] 348
640 ـ [عدم الجمع بين الرجم والحد] 348
641 ـ [الحد بعد البلوغ] 348
642 ـ [ما يضمّ وما لا يضمّ من الحدود] 349
643 ـ [حد من اشترى أخته] 349
644 ـ [ما فيه الحد وما لا حدّ فيه من النكاح] 349

باب حد السرقــة .... 351 ـ 352

645 ـ [تقويم السرقة] 351
646 ـ [سرقة الجماعة] 351
647 ـ [وجوب القطع] 352
648 ـ [حرز المسروق] 352
649 ـ [ضمان السارق] 352
650 ـ [حد المحارب] 352

باب احكام الغائــب .... 353 ـ 358

651 ـ [القضاء على الغائب] 353
652 ـ [نفقة الغائب على زوجته] 354
653 ـ [ميراث الغائب] 354
654 ـ [عفو الغائب عن الدم] 354
655 ـ [شفعة الغائب] 354
656 ـ [ظهور الغائب بعد نعيه] 355
657 ـ [استحقاق السيد عبيده بعد غيبته] 355
658 ـ [رد زوج الغائب إليه] 355
659 ـ [الأحكام الناتجة عن فقد الزوج] 356
660 ـ [متى يكون الزوج أحق بزوجته] 356
661 ـ [حالات فقد الزوج] 357

باب احكام البنيان .... 359 ـ 365

662 ـ [التداعي في الجدار] 359
663 ـ [اتخاذ باب للدار] 359
664 ـ [كنس المرحاض] 360
665 ـ [تصرّف صاحب العلو] 360
666 ـ [السكنى على وجه الارتفاق] 361
667 ـ [دخول محل الجار لاصلاح جدار خاص] 361
668 ـ [اصلاح الجدار المشترك] 361
669 ـ [اصلاح الجدار الخاص] 362
670 ـ [رفع خشب جدار بين دارين] 362
671 ـ [اصلاح البئر في حائط المساقاة والأرض المكتراة] 362
672 ـ [اصلاح الجدران] 363
673 ـ [اصلاح البيت المشترك إذا تقدّم] 364
674 ـ [اصلاح البئر المشتركة بين حائطين] 364
675 ـ إقامة الرحى المشتركة] 364
676 ـ [البنيان الذي يضرّ بالاندر] 364

باب حكم المجهول .... 366 ـ 371

677 ـ [طلاق إحدى الزوجتين من غير تعين] 366
678 ـ [طلاق الشك] 367
679 ـ [سقوط دينار في مائة دينار ثم تلف واحد منها] 368
680 ـ [حكم اللّقيط] 368
681 ـ [قيمة الرهن الضائع] 369
682 ـ [تجاهل ثمن الشفعة] 369
683 ـ [تقديم الدين على الحبس إذا جُهل السابق منهما] 370
684 ـ [حكم اللّقطة] 370
685 ـ [تنصر الأسير المسلم] 371
686 ـ [موت الوارث والموروث وجهل السابق منهما] 371
687 ـ [تحرّى القبلة ورمضان عند جهلها] 371

باب الاثلاث .... 372 ـ 375

688 ـ [أقل الصداق] 372
689 ـ [قطع يد السارق] 373
690 ـ [اليمين في مقطع الحق] 373

691 ـ [تصرّف المرأة في مالها] 373
692 ـ [الوضع من الجائحة] 374
693 ـ [ما تحمله العاقلة] 374
694 ـ [دية المرأة] 374
695 ـ [شراء العبد للعتق] 374
696 ـ [بيع العبد للعتق] 374
697 ـ [الاستثناء من بيع الجزاف] 375
698 ـ [بيع السيف والمصحف المفضضين] 375
699 ـ [استثناء الثمرة في الأرض المكتراة] 375

باب الشـــروط .... 376 ـ 379

700 ـ [احترام الشروط] 376
701 ـ [اشتراط المودع الضمان] 377
702 ـ [اشتراط الضمان على المستعير] 377
703 ـ [اشتراط الصانع عدم الضمان] 377
704 ـ [اشتراط توقّف البيع على أجَل للثمن] 377
705 ـ [اشتراط عدم إسكان الغير] 378
706 ـ [اشتراط الزوجة عدم ترحيلها وعدم التزوّج عليها] 378
707 ـ [اشتراط الموكّل التصديق في الدفع] 378
708 ـ [اشتراط الكفالة بالوجه] 379

باب الاستحقـــاق .... 380 ـ 383

709 ـ [استحقاق المبيع من يد مشتريه] 380
710 ـ [استحقاق الأمة بعد أن ولدت] 381
711 ـ [استحقاق الأرض بعد البناء فيها] 381
712 ـ [استحقاق الأرض بعد زرعها] 381
713 ـ [استحقاق النخل بعد العناية بها] 382
714 ـ [استحقاق الثمن أو المثمون] 382
715 ـ [استحقاق المثمون بعد نقد الثمن] 382
716 ـ [استحقاق رأس مال السلم] 383
717 ـ [استحقاق العبد] 383
718 ـ [غلّة المغصوب والنفقة عليه] 383

باب الضمـــان .... 384 ـ 390

719 ـ [الضمان نوعان] 384

720 ـ [الضمان في الخطأ والتقصير] 386
721 ـ [ضمان من فعل ما يجب على السلطان] 386
722 ـ [ضمان المنفعة] 386
723 ـ [ضمان الصناع] 386
724 ـ [ضمان ما يغاب عليه] 387
725 ـ [ضمان ما لا يغاب عليه] 387
726 ـ [ضمان المودع] 387
727 ـ [تعدّي مكتري الدابة] 388
728 ـ [ضمان ما تصيبه الماشية] 388
729 ـ [ضمان ما يطرح من السفينة خوف الغرق] 389
730 ـ [تقدير قيمة المغصوب يوم الغصب] 389
731 ـ [ثبوتُ الإقرار السابق] 389
732 ـ [ضمان ما أتلف من العروض] 389
733 ـ [ضمان ما تغيّر بصنع] 390
734 ـ [ضمان من ترك باب مفتوحا] 390

باب الأمناء 391

735 ـ [الأمناء المصدقون] 391

باب الوكيل .... 394 ـ 396

736 ـ [أفعال الوكيل المفوض] 394
737 ـ [ضمان الوكيل] 394
738 ـ [تعدّي المأمور ما أمر به] 395
739 ـ [دفع الوكيل بدون بيّنة] 396
740 ـ [ضمان ما ضاع في الطريق] 396

باب الوالد .... 397 ـ 401

741 ـ [إبرام الوالد عقود ولده] 397
742 ـ [إقرار الوالد على ابنه] 397
743 ـ [شراء الوالد نفسه من مال ولده] 398
744 ـ [شهادة الأب] 398
745 ـ [نفقة الوالد على ولده] 398
746 ـ [هبة الوالد من مال ولده] 389
747 ـ [عتق الوالد رقيق ولده] 399

748 ـ [شروط الأب في نكاح ابنه] 399
749 ـ [وطء الأب جارية ابنه أو أم ولده] 399
750 ـ [تخاصم الأب والابن] 400
751 ـ [حوز الوالد] 400
752 ـ [اعتصار الوالد] 400
753 ـ [ولاء الوالد] 401
754 ـ [الولد على دين أبيه] 401
755 ـ [ملك الابن لأبيه] 401

باب احكام الصّبي .... 402 ـ 407

756 ـ [رق الصبي وحريته] 402
757 ـ [دين الصبي] 402
758 ـ [عقود الصبي] 404
759 ـ [جنايات الصبي] 404
760 ـ [اختبار الصبي بالتجارة] 404
761 ـ [تصرّف الصبي] 405
762 ـ [الاحصان بزواج الصبي والصبية] 405
763 ـ [زنا الصبي] 405
764 ـ [عقد نكاح الصبي والصبية] 406
765 [المخالعة عن الصبية] 406
766 ـ [استهلال المولود وما ينشأ عنه] 406
767 ـ [عدم مضي تصرّف الصبي] 406
768 ـ [لا سهم للصبي في القتال] 406
769 ـ [عدم مضي عقد ولي الصبي] 407

باب الوصـي .... 408 ـ 413

770 ـ [عدالة الوصي] 408
771 ـ [رجوع الوصي] 408
772 ـ [تصرّف الوصي] 409
773 ـ [شراء الوصي من مال اليتيم] 409
774 ـ [بيع رَبْع اليتيم] 409
775 ـ [شهادة الوصي] 409
776 ـ [القسمة على الكبار] 410
777 ـ [تصرّف الوصيين] 410
778 ـ [بيع الوصي مال الميت] 411

779 ـ [تولّي الوصي الخصام] 411
780 ـ [وصي الوصي] 411
781 ـ [قضاء الوصي الدين] 412
782 ـ [وصي الأم] 413
783 ـ [القسمة بين الأطفال] 413

باب أحكام السفيه .... 414 ـ 416

784 ـ [تصرّف السفيه] 414
785 ـ [رشد اليتيم] 414
786 ـ [من تصرّف السفيه] 415
787 ـ [حلف السفيه مع الشاهد] 415
788 ـ [زواج السفيه] 415

باب أحكام العبد .... 417 ـ 424

789 ـ [لا تجب الجمعة على العبد] 417
790 ـ [امامة العبد] 417
791 ـ [زكاة العبد] 418
792 ـ [حجّ العبد] 418
793 ـ [صوم العبد الكفّارة] 418
794 ـ [مال العبد] 419
795 ـ [تجارة العبد] 419
796 ـ [هبة العبد وعتقه] 419
797 ـ [إقرار العبد] 419
798 ـ [رد السيد أفعال عبده] 420
799 ـ [شهادة العبد] 420
800 ـ [انكاح العبد والأمة] 420
801 ـ [طلاق العبد] 421
802 ـ [عدة الأمة] 421
803 ـ [حد العبد] 421
804 ـ [قطع العبد السارق] 422
805 ـ [خيار الأمة بعد عتقها] 422
806 ـ [صداق العبد] 422
807 ـ [مال العبد بعد عتقه] 422
808 ـ [جناية العبد] 423

809 ـ [نظر العبد شعر سيدته] 423
810 ـ [عقوبة العبد القاتل] 423
811 ـ [العبد المرسل بالقذف] 424

باب أحكام المـرأة .... 425 ـ 430

812 ـ [المسح على الظفائر] 425
813 ـ [أذان المرأة وإقامتها] 425
814 ـ [امامة المرأة] 425
815 ـ [عقد المرأة النكاح] 426
816 ـ [مكان المرأة في صلاة الجماعة] 426
817 ـ [جمعة المرأة] 426
818 ـ [قضاء المرأة الصوم] 426
819 ـ [خروج المرأة إلى المسجد] 427
820 ـ [رشد المرأة وتصرّفها] 427
821 ـ [حجّ المرأة] 428
822 ـ [شهادة المرأة] 429
823 ـ [دية المرأة] 430
824 ـ [إقرار المرأة بالنكاح] 430
825 ـ [سهم المرأة من الغنائم] 430

باب أحكام الذمـــي .... 431 ـ 437

826 ـ [الحكم على الذمي عند التزاع] 431
827 ـ [حلف الذمي] 431
828 ـ [ضمان ما أتلف الذمي] 432
829 ـ [إسلام عبيد الذمي] 432
830 ـ [إسلام الذمي المتزوّج] 43
831 ـ [إسلام الذمية] 433
832 ـ [عتق الذمي وتدبيره] 433
833 ـ [خروج أهل الذمة] 433
834 ـ [شراء الذمي عبدا مسلما] 434
835 ـ [بيع الذمي خمرا من مسلم] 434
836 ـ [معاملات الذمي قبل إسلامه] 434
837 ـ [شراء أهل الذمة بعضهم بعضا] 434
838 ـ [زنا الذمي] 435
839 ـ [قضاء دين الذمي بعد موته] 435

840 ـ [وصيّة الذمي] 435
841 ـ [غنم الذمي] 436
842 ـ [دية الذمي] 436
843 ـ [لا زكاة على الذمي] 436
844 ـ [جزية الذمي] 436
845 ـ [تعشير تجارة الذمي] 437
846 ـ [حقوق الذمي إذا أسلم] 437